شرح الزيادات

للإمام محمد بن الحسن الشيباني ١٣٢م - ١٨٩م

تأليف

الإمام الفقيه فخر الدين حسن بن منصور بن محمود الأوزجندي الفرغاني

المعروف بقاضي خان المتوفى ٥٩٢هـ

تحقيق وتعليق

فضيلة الأستاذ الدكتور قاسم أشرف نور أحمد

المجلد الرابع

الهبة - الوكالة - الشهادات - الدعوى - الإقرار - الغصب - الجنايات

دار إحياء التراث العربي

بيروت - لبنان

كتاب الهبة

باب من الهبة التي تجوز بالقبض والتخلية بينها وبين الموهوب له وما لا تجوز

بنى الباب على ما عرف[1] أن الهبة لاتتمّ بدون القبض[2] حتى لو مات أحدهما قبل القبض تبطل الهبة، كما لو مات أحد المتبايعين قبل القبول.

والشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام القبض، فيمنع تمام الهبة[3]؛ لأن مايتعلق

---

(١) " ما عرف " ساقط من (ا) و (ب) و(ج) و ثبت في الأصل.

(٢) ذكر في الفتاوى الهندية في ضمن شرائط الهبة أن يكون الموهوب مقبوضا. «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٧٤، وانظر «بدائع الصنائع»: ٦/ ١١٩.

وقد علل المرغيناني شرط القبض في الهبة بأنه عقد تبرع، وفي إثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئاً لم يتبرع به، وهو التسليم فلا يصح. انظر «فتح القدير»: ٦/ ١١٥.

كما عدّ الحصكفي القبض في الموهوب من شرائط صحة الهبة. انظر «ردّ المحتار» ٤/ ٥٠٨.

(٣) أحسن الإمام العتابي في تأصيل هذا الباب وزاد وأفاد، فقال: أصل الباب أن الهبة لايفيد الملك قبل القبض، وفي المشاع لايفيد الملك قبل القسمة، لأن القسمة من تمام القبض، واشتغال الموهوب بمتاع الواهب يمنع القبض فيمنع صحة الهبة، أما اشتغال غيرِ الموهوب بالموهوب لايمنع قبضَ الموهوب، لأنه لاتُشاغل في الموهوب. «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ٩١.

بالشيء يتعلق بالكامل؛ لأنّ الناقص موجود من وجه دون وجه.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله.

رجل وهب لرجل داراً، وفيها متاع للواهب، وسلّم الكل إلى الموهوب له، كانت الهبة باطلة، ـ أراد بها غير تامّة ـ حتى لوفرغ، وسلّم جاز[1].

وكذا لووهب جراباً أو جوالقاً[2] فيه طعام الواهب؛ لأنّ الدار وضعت لحفظ الأمتعة، وكذا الظرف للمظروف، فما دام متاع الواهب في الدار كان الواهب مستعملاً الدارَ بما بنيت الدار له[1].

ولهذا لو استاجر داراً، ونقل متاعه إليها يصير قابضاً، ويكون ساكناً في الدار ببقاء الأمتعة فيها.

وكذا لو تنازع رجلان في دار، وهي مشغولة بمتاع أحدهما، فإن القول قول صاحب المتاع، ويجعل هو صاحب يد، ومع بقاء الواهب ساكناً في الدار مستعملاً لها لايتحقّق التسليم.

---

(١) ذكر في الفتاوى الهندية في شرائط الهبة أن يكون الموهوب متميزا عن غير الموهوب، ولا يكون متصلا، ولا مشغولا بغير الموهوب، حتى لو وهب أرضاً فيها زرع للواهب دون الزرع أو عكسه، أو نخلا فيها ثمرة للواهب معلقة به دون الثمرة أو عكسه لا تجوز، وكذا لو وهب داراً أو ظرفا فيها متاع للواهب. «الفتاوى الهندية» ٤/ ٣٧٤، وانظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١١٩، و« مجموع الضمانات» ص ٣٣٦.

(٢) الجُوالِق والجُوالَق وعاء من الأوعية معروف قاله ابن منظور انظر لسان اللسان تهذيب لسان العرب ١/ ١٩٨. مادة (ج، ل، ق).

(١) "له" ساقط من (ج) و (د).

فرق بين هذا وبين مالوباع داراً، وسلّمها إلى المشتري، وفيها متاع البائع، فإنه يكون تسليماً.

والفرق أن هذا بمنزلة الشيوع فيما يحتمل القسمة أو دونه، والشيوع لايمنع البيع، ويمنع الهبة فيما يقسم.

ألاترى أنه لو باع تمراً على رأس النخيل، وخلّى بينه وبينها، صحّ التسليم، ولو وهب الثمر وخلّى، لايصح.

ولو وهب المتاعَ دون الدار، والطعامَ دون الجوالق، وسلّم الدارَ والجوالق[1] بما فيه، تمت الهبة[2]، بخلاف ماتقدم؛ لأن ههنا الموهوب غير مشغول بملك الواهب بل الموهوب شاغل ملك الواهب[3]؛ لأن المظروف يشغل الظرف، أما الظرف لايشغل المظروف، فلايكون الواهب مستعملاً الموهوب، فتمّ التسليم.

ألاترى أنه لو أودع حنطة، فجعلها المودع في جوالق لايضمن[4]، ولوأودع جوالق فجعل المودع فيها حنطة ضمن؛ لأنه استعملها[5].

ولايقال بأن الدار والظرف ملك الواهب، وفي يده وبقاء يده على الظرف بقاء على المظروف.

---

(١) كذا في الأصل، وهو المثبت في (ا) و (ب) وجاء في (ج) و (د) " ا لجراب" مكان "الجوالق"

(٢) انظر «الفتاوى الهندية» ٤/ ٣٨٠، و« مجمع الضمانات» ٣٣٦.

(٣) وفي (ج) و (د) : "شاغل الملك الواهب" وما ثبت أصح.

(٤) انظر المصدر السابق والصفحة.

(٥) وفي(ج) و (د): " لانه يستعملها " .

لأنا نقول: وإن بقيت يده على الدار فالدار حرز وتبع لما فيها، وكذا الظرف وقيام يده على التبع لايجعل قياماً على الأصل، ويجعل معتبراً للدار والظرف، بخلاف الأول؛ لأن ثمّة يده قائمة على الأصل، فتعتبر قائمة على التبع.

فلو أنه أودع المتاع منه أولاً في المسألة الأولى، ثم وهب له الدار، وسلم بما فيها، أو وهب الدار والجوالقَ أولاً، ثم أودع المتاع، وسلم الكل، جازت الهبة في الدار والجوالق[1]؛ لأنه لما أودع المتاع عنده فقد جعله في يد المودع؛ لأن حقيقة اليد في الوديعة للمودَع، إلا أن منفعة يده تعود الى صاحب الوديعة[2]، فإذا سلّم[3] الدار والجوالقَ بحكم الهبة صحّ التسليم والقبض لانعدام المانع، وهو قيام يد[4] الواهب عليها.

قال[5]: ولو وهب أرضاً فيها زرعٌ قد استحصد، أو نخيل، فوهب الأرض بدون النخيل والزرع، وسلم الكل لايجوز؛ لأن الموهوب مشغول بملك الواهب[6]، فلايجوز كما في الدار والجوالق.

وكذا لو وهب الزرع بدون الأرض، أو وهب نخلاً عليها ثمر بدون الثمر، أو وهب

---

(١) انظر «الفتاوى الهندية» ٤/ ٣٨٠.

(٢) وفي (ج) و (د): "إلى المودع".

(٣) وفي (ج) و (د): "أسلم".

(٤) "يد" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "قال" ساقط من (ج) و (د)

(٦) علّله في الفتاوى الهندية بأن كل واحد منهما متصل بصاحبه اتصال جزء بجزء، فصار بمنزلة هبة المشاع فيما يحتمل القسمة. انظر «الفتاوى الهندية» ٤/ ٣٨٠.

الثمرَ بدون النخيل، وسلم الكل لايجوز[1].

بخلاف ما لو وهب المتاع بدون الدار، والطعام بدون الجوالق، وسلم الكل؛ لأن هنا الموهوب متصل بغير الموهوب[2]؛ لأن النخيل والزرع متصل بالأرض خلقة، وكذا الثمر بالنخيل، والإفراز ممكن، فكان بمنزلة المشاع الذي يحتمل القسمة، فلايتم بدون الإفراز والحيازَة، أما في مسئلة[3] الدار والجوالق وغيرها الموهوب ممتاز عن غيره، إنما المانع بقاء الشغل واليد، فيتم عند زوال المانع.

قال: [4] ولو وهب الجراب والدار، وسلم وفيها متاع الواهب، ذكرنا أنه لايجوز، فإن وهب له المتاع جازت هبة المتاع.

وكذا لو وهب الجوالق والجراب [والدار][5] أولاً، وسلم، وفيها متاع، ثم وهب ما فيه من الطعام جازت الهبة في الطعام، ولاتتم في الجراب والجوالق والدار[6].

وبمثله لو وهب المتاع والطعام أولا، وسلّم الكلَ ثم وهب له الدار والجراب والجوالق[7]، تمّت الهبة فيهما.

---

(١) وقد مضى تعليله نقلا عن الفتاوى الهندية.

(٢) قال الكاساني معللا هذا القول: لأن المتاع لا يكون مشغولا بالدار، والدار تكون مشغولة بالمتاع لهذا افترقا، فيصح تسليم المتاع، ولا يصح تسليم الدار. «بدائع الصنائع» ٦/ ١٢٥.

(٣) "مسألة" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "قال" ساقط من (ج) و (د): كما سقط من (ا) و (ب).

(٥) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٦) "والدار" ساقط من (ج) و (د).

(٧) سقطت العبارة من بداية الفقرة إلى : "والجوالق" في (ج) و (د)،

والفرق أنه لما وهب المتاع أولاً، وسلم تمّت الهبة في المتاع لعدم المانع، وهو قيام يدا الواهب عليها، فإذا وهب الدار والجوالق بعد ذلك فقد وهبها، وهي مشغولة بملك الموهوب له لا بملك الواهب، وهذا لا يمنع تمام القبض[1].

أما إذا وهب الدار أولاً، وسلّم فقد سلمها وهي مشغولة بمتاع الواهب، فلم يتم القبض، أو وقع فاسداً، فلم تتم الهبة في الدار لفساد القبض، فإذا وهب له المتاع بعد ذلك وجازت[2] الهبة في المتاع، وزال المانع، لم يفعل[3] في الدار فعلاً يصير به قابضاً، فلا تتم هبة الدار.

هذا[4] كما لو وهب نصف الدار، وسلم ثم وهب النصف الباقي، وسلم لم يجز في واحد منهما؛ لأن القبض في النصف الأول[5] وقع فاسداً لمكان الشيوع، ففسد في النصف الباقي، فلاينقلب جائزاً أبداً.

ولو وهب، ولم يسلّم حتى وهب ما فيها من المتاع، وسلم الكل، جازت الهبة في الكل، وكذا لو وهب الجوالق، ولم يسلم، ثم وهب الطعام، وسلم الكل، أو وهب

---

(١) لقد تطرّق أصحاب الفتاوى الهندية إلى فرق لطيف يتعلق بالموضوع حيث قالوا: ولو وهب كل واحد منهما على حدة، كما إذا وهب الأرض ثم الزرع أو الزرع ثم الأرض، إن جمع الأرض في التسليم جازت الهبة فيهما جميعا، وإن فرق في التسليم لا تجوز الهبة فيهما أيهما قدم. «الفتاوى الهندية» ٤/ ٣٨٠، وانظر «بدائع الصنائع» ٦/ ١٢٥.

(٢) كذا في الأصل: وفي (ج) و (د) "جازت"، بسقوط الواو، وما ثبت أصح.

(٣) وفي (ج) و (د): "ولم يفعل"، وهو خطأ.

(٤) " هذا" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "الأول" ساقط من (ج) و (د).

الأرض بدون الزرع ولم يسلم، ثم وهب الزرع، أو وهب النخل بدون التمر ولم يسلم حتى وهب الثمر، وسلّم الكل[1] تمّت الهبة في الكل.

وكذا لو وهب نصف الدار، ولم يسلم حتى وهب النصف الباقي في ذلك المجلس أو في مجلس آخر، و قبض الكل، تمت الهبة في الكل؛ لأن المانع هو الشيوع والاتصال، فيراعى زوال المانع وقت القبض[2] لاوقت العقد.

وكذا لو وهب لرجلين شيئاً يحتمل القسمة، فقبضاها جملةً، جاز في قول أبي يوسف ومحمد، ولو قبض أحدهما نصفه، ثم قبض الآخر، لا تجوز الهبة لواحد منهما؛ لأن ما هو المقصود من الهبة، وهو الملك يثبت عند القبض، فكان القبض[3] بمنزلة الركن، فيراعى زوال المانع وقت القبض.

رجل وهَبَ لرجلٍ جاريةً، وأذن له أن يقبضها فقبض، جازت الهبة.

وهذه المسألة على وجوه ثلاثة: إما أن أذن له بقبضها بعد الهبة، أو نهاه عن القبض بعد الهبة، أو لم يأذن ولم ينه.

ففي الوجه الأول: جازت الهبة، ويصير ملكاً، سواء كانت الجارية بحضرتهما وقت الهبة أو لم تكن، قبض في المجلس أو بعده، أما في المجلس فظاهر، وأما في غير المجلس: في القياس لاتجوز الهبة، وفي الاستحسان تجوز.

وجه القياس: أن القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع لِما عرف، وذلك يتقيّد

(١) "وسلم الكل" ساقط من (ج) و (د).

(٢) وفي (ج) و (د): "البعض" وهو تصحيف.

(٣) "القبض" ساقط من (ج) و (د).

بالمجلس، فكذلك هذا.

وجه الاستحسان: أنه أذن له بالقبض مطلقا، فلايبطل بالقيام عن المجلس، فإذا قبضه صار كأنه قبضه بإذن حادث، فيجعل هبة مبتدأة، ولأن الهبة لاتفيد ملك اليد، ولهذا لايكون له المطالبة بالتسليم، فكان الموهوب له نائبا عن الواهب في القبض، والوكالة لاتبطل بالقيام عن المجلس، وإذا بقيت الوكالة، صار كأنه قال له[1]: "اقبضه ثم هَبه لنفسك"، ولو صرّح بذلك لايتقيّد بالمجلس، ولاكذلك القبول في البيع.

وإن[2] نهاه عن القبض، فقبضها بعد النهي، لايصحّ ولايلكها؛ لأنه لايملك قبل القبض، فكان في القبض بمنزلة الوكيل عن الواهب، فإذا نَهَاه عن القبض[3] فقد عزَله، ويجعل ذلك رجوعا عن الإيجاب، فتبطل الهبة كما لو رجع قبل القبول.

وفي الوجه الثالث: إن كانت الجارية بحَضرتهما، فقبضها الموهوب له في المجلس يصح، ويملكها استحسانا. وفي القياس لا يصح، حتى لو أعتق لا ينفذ إعتاقه، والبيع الفاسد في هذا بمنزلة الهبة.

وجه القياس: أنّ الملك ليس بثابت قبل القبض، فلا يصح قبضه بغير إذنه، كما لا يصح بعد القيام عن المجلس.

ألا ترى أنّ في البيع الجائز كما لا يملك قبض المبيع قبل نقد الثمن بغير إذنه بعد الافتراق، لا يملك في المجلس، حتى لا يبطل حق البائع في الحبس[4] والاسترداد

(١) "له" ساقط من (ج) و (د).

(٢) هذا هو الوجه الثاني الذي تطرق إليه المؤلف في ص ١٤٩٨ من هبة رجلٍ لرجل جاريةً.

(٣) "عن القبض" ساقط من (ج) و (د).

(٤) وفي (ج) و (د): "في المجلس" وهو خطأ وتصحيف.

لاستيفاء الثمن، كذلك هنا بل أولى، لأن ثـمّةَ يقبض ملك نفسه، وهنا يقبض ملك الغير.

وجه الاستحسان: أن القبض في الهبة والبيع الفاسد بمنزلة التملك، لأن البيع والهبة تمليك، والتمليك إذن بالتملّك كما أن الإيجاب إذن بالقبول، ثم صحة القبول في البيع الجائز[1] لا تتوقّف على الإذن بالقبول، فكذلك القبض في الهبة الصحيحة، والبيع الفاسد لا يتوقف على التصريح بالإذن، ويجعل العقد إذنا بالقبض ما دام العاقدان في المجلس، ما لم يصرّح بالنهي، لأن هذا إذن في ضمن التمليك، فيتقيد بمكان التمليك، وهو مجلس العقد، كما تتقيّد صحة القبول بمكان العقد.

وأما إذا قبض المبيع في البيع الجائز قبل نقد الثمن، ذكر الطحاوي رحمه الله: أنه بمنزلة الهبة إن قبَض في المجلس. في القياس لا يبطل حق البائع في الاسترداد لاستيفاء الثمن، وفي الاستحسان يبطل.

والصحيح ما قلنا أنه لا يبطل حق البائع على كل حال، ووجه ذلك: أن ثمّة حكم العقد وهو الملك ثابت في المبيع قبل القبض، فلا يكون القبض فيه بمنزلة التملك، فلا يكون التمليك إذنا بالقبض دلالة، وما ذكرنا من الجواب في الهبة الصحيحة، والبيع الفاسد، فكذلك في القرض، والرهن، والصدقة، لأن تمام هذه العقود بالقبض بمنزلة الهبة.

قال[2]: رجل وهب دارا و[3] فيها متاع للواهب[4]، فوهب الدار والمتاع جميعا،

---

(١) "الجائز" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "قال" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "و" ساقط من (ج) و (د).

(٤) وفي (ج) و (د): "متاع الواهب".

وخلّى بينه وبين ذلك، وقبضهما الموهوب له جميعا، ولم يحوّل المتاع عن موضعه، أو حوّله ثم جاء مستحق، واستحق المتاع دون الدار، فالهبة في الدار جائزة[1].

وعن أبي يوسف أنها تبطل، وجه هذه الرواية[2] أنه لما استحق المتاعَ ظهر أن الدار كانت مشغولة بعيَن لغير الموهوب له، فتبطل الهبة.

وجه ظاهر الرواية: أنه حين وهب الدار والمتاع، وسلّم، كان الكل في يد الواهب ملكا له من حيث الظاهر، فصحّ التسليم إلى الموهوب له، وباستحقاق المتاع إن ظهر أنّ المتاع لم يكن للموهوب له، لم يظهر أنه لم يكن في يد الموهوب له.

ولهذا لو وهبه المستحق لولده الصغير لا يصح، ولو كان في يد المستحق يصح، وإنما تبطل الهبة في الدار إذا كانت مشغولة بمتاع في يد الواهب، أو بمتاع في يد غير الموهوب له، أما إذا كان المتاع في يد الموهوب له بغصب أو عارية أو غير ذلك، فذاك لا يمنع الهبة في الدار.

ألا ترى أنه لو أعار الدارَ، ثم إن المستعير غصب متاعا من رجل، ووضعه في الدار، ثم وهب المعير الدار من المستعير، جازت الهبة، وإن كانت الدار مشغولة بمال المغصوب منه[3].

وكذا لو أعار داره من رجل، ثم إن صاحب الدار غصب متاعا، وأودعه عند المستعير في الدار، ثم وهب المعير الدار للمستعير جازت الهبة، لأن المتاع وإن كان للمغصوب منه، فيد المستعير ثابتة عليه، وذاك يكفي لجواز الهبة، وكذلك هنا.

---

(١) انظر «الفتاوى الهندية» ٤/ ٣٨١.

(٢) قوله: "وجه هذه الرواية" ساقط من (ج) و (د).

(٣) انظر «الفتاوى الهندية» ٤/ ٣٨١.

وللمستحق أن يضمن الموهوب له قيمة متاعه إن هلك المتاع، وإن شاء ضمن الواهب؛ لأن كل واحد منهما غاصب في حقه[1].

واختلف مشايخنا في هذا الجواب، قال بعضهم: هذا قول محمد، لأن عنده ضمان الغصب[2] يجب من غير نقل وتحويل، أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف إذا لم يحوّل المتاع لا يجب عليه الضمان[3]، لأن عندهما لا يجب الضمان إلا بالنقل والتحويل لما عرف في غصب العقار.

ومنهم من قال: هذا الجواب مشكل عند الكل، أما على قولهما فظاهر وكذلك على قول محمد، لأن عنده في المنقول لا يجب الضمان بدون النقل والتحويل. ألا ترى أنه لو باع الدار والمتاع من رجل، وسلمهما إلى المشتري، فلم يحول المشتري المتاع حتى هلك، ثم جاء مستحق، واستحق المتاع، كان له أن يضمن البائع، وليس له أن يضمن المشتري، فكان الجواب مشكلا على قول الكل.

وحكي عن القاضي أبي عاصم العامري[4] أنه قال: هذا الجواب صحيح عند

---

(١) انظر «الفتاوى الهندية» ٤/ ٣٨١.

(٢) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "ضمان غصب".

(٣) انظر «الفتاوى الهندية» ٤/ ٣٨١.

(٤) هو محمد بن احمد، القاضي، الإمام، أبو عاصم، العامري، وذكر التقي التميمي أنه يقال له: "أبو عاصم" و "أبو عصمة"، كان قاضيا وإماما بدمشق، ومن تصانيفه «المبسوط» نحوا من ثلاثين مجلدا، ونقل اللكنوي عن السمعاني أن "العامري" نسبة إلى عامر بن لؤي، وعمر بن صعصعة، وعامر بن عدي.

انظر ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ١٩٣٨ و ١٩٥٢، «الطبقات السنية» برقم ١٨٨٣،

الكل[1]، لأن الهبة لا تفيد ملك اليد قبل القبض، ولا تفيد ملك الرقبة في الحال، وإنما تفيد بعد القبض، فكان يد الموهوب له يد نيّابة لا يد ملك، ويد الواهب على المتاع كانت يداً ناقلة، فإذا تحوّلت إلى الموهوب له تتحوّل بتلك الصفة، ويصير الموهوب له ناقلا من حيث التقدير، فيضمن لذلك، بخلاف البيع، لأن البيع يفيد نقل ملك الرقبة قبل القبض، فيفيد ملك اليد.

ولهذا كان للمشتري أن يطالب البائع بتسليم المبيع، فكأن يد المشتري يد نفسه لا يد البائع، فلا يجب الضمان عليه إلا بالنقل والتحويل، فوزان مسألة الشراء من مسألتنا.

إذا اشترى شيئا، ووكّل رجلا بالقبض، فقبض الوكيل، وهلك في يده، ثم جاء مستحق واستحقه، كان له أن يضمن الموكل، لأن يد الوكيل انتقلت إلى الموكل، فتنتقل بتلك الصفة.

فإن قيل: الغصب واجب الإعدام لا واجب التقرير، وفي جعله ناقلا تقرير العدوان، فلا يجوز.

والجواب: إنما صار ناقلا ضرورةَ صحة الهبة من حيث الظاهر، وانتقال اليد إليه، فكان للمستحق أن يضمن أيّهما شاء، وأيّهما ضمن لم يرجع على صاحبه، أما الواهب فلأنه يملك المضمون بأداء الضمان، فيصير واهبا ملك نفسه، وأما الآخر فلأنه إنما ضمن بفعل باشره لنفسه فلا يرجع كالمستعير.

وكذا لو وهب جرابا أو جوالقا فيها متاع، فوهب الكل، وسلم، ثم استحق الطعام،

«الفوائد البهية» ص ١٦٠، كتائب أعلام الأخيار برقم ٢٢٩.

(١) لقد ذكر جامعوا الفتاوى الهندية ناقلين عن محيط السرخسي بأن هذا قولهم جميعاً أي للإمام وصاحبيه. انظر «الفتاوى الهندية» ٤/ ٣٨١، و«مجمع الضمانات» ٣٣٧.

جازت الهبة في الجراب والجوالق[1]، وكذا لو أودع الدار والمتاع عند رجل، ثم وهب الكل له، ثم استحق المتاع، لا تبطل الهبة في الدار[2] لما قلنا، وهذه المسألة تدل على أنّ الموهوب له يصير قابضا بالتخلية، حيث جعله قابضا قبل التحويل.

وذكر في الأصل ما يدل على أنه لا يصير قابضا بالتخلية، فإنه قال:

لو وهب عبدا لرجل، والعبد بحضرتهما، وأذن له بالقبض، ثم نهاه عن القبض، يصح نهيه، لأن الملك لم يثبت فيصح نهيه، ولو صار قابضا بالتخلية لما صحّ نهيه، ويكون رجوعا عن الهبة، فلا يصح بعد القبض إلا بقضاء أو رضا.

وهذا فصل اختلف فيه المشايخ، ذكر الفقيه أبو الليث[3] رحمه الله، وقال: على قول أبي يوسف لا يصير قابضا بالتخلية، وما ذكر هنا[4] قول محمد.

---

(١) انظر «الفتاوى الهندية» ٤/ ٣٨١.

(٢) انظر «الفتاوى الهندية» ٤/ ٣٨١.

(٣) هو نصر بن محمد بن أحمد بن إبرهيم، أبو الليث، الفقيه، السمرقندى المشهور بإمام الهُدى، تفقّه على الفقيه أبى جعفر الهندوانى عن أبى القاسم الصفار عن نصير بن يحيى عن محمد ابن سماعة عن أبى يوسف، صاحب التصانيف المشهورة: «تفسير القرآن» و«فتاوى النوازل» و«العيون» و«الفتاوى» و«خزانة الفقه» و«بستان العارفين» و«شرح الجامع الصغير» و«تنبيه الغافلين» وغير ذلك. توفي سنة ٣٧٣ هـ.
انظر ترجمته في: الجواهر المضية برقم ١٧٤٣، الطبقات السنية برقم ٢٥٩٩، الفوائد البهية ص ٢٢٠، كتائب أعلام الأخيار برقم ٢١٦، طبقات الفقهاء لطاش كبري زاده ص ٧٤، مفتاح السعادة ٢/ ٢٧٧، كشف الظنون ١/ ٢٤٣، ٣٣٤، ٤٤١، ٤٨٧، ٢/ ١١٨٧.

(٤) وفي (ج) و (د): "هاهنا".

وقال شمس الأئمة الحلواني[1] رحمه الله: التخلية قبض في الهبة الصحيحة.

وعن أبي يوسف في بعض الروايات: إذا وهب عبدا حاضرا وقال: اقبضه، فقال الموهوب له قبل أن يبرح العبد عن مكانه: "قبضتُ"، جاز، ولا يكفي قوله: "قبلت"، ولو لم يقل الواهب: "اقبضه"، لا يصير قابضا ما لم يقبض بفعله.

وفي البيع الفاسد عن أصحابنا روايتان: في رواية لا يصير قابضا بالتخلية، وفي رواية يصير قابضا.

وأما الهبة الفاسدة نحو الهبة في المشاع، اتفقت الروايات على أنه لا يصير قابضا بالتخلية، ولو وهب أرضا فيها زرع، وقد استحصد أو لم يستحصد، أو نخلا فيها ثمر، فوهب الكل، وسلّم جملة، ثم استحق الزرع والثمن، بطلت الهبة في الأرض والنخل، وكذا لو استحق الأرض والنخل، لأن الزرع مع الأرض بحكم الاتصال كشيء واحد، وكذلك النخل والتمر[2]، فإذا استحق أحدهما كان هذا بمنزلة استحقاق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة، فتبطل الهبة في الباقي.

والصدقة والرهن في هذا بمنزلة الهبة، لأن كل واحد منهما لا يجوز في المشاع، ولا يتم بدون القبض.

ولو وهب تمرا في نخل، أو زرعا لم يحصد في أرض، أو بناءَ دار لم ينقض، أو حلية سيف، أو نخلا في أرض، وأذن له الواهب في الجداد، والحَصاد، ونقض البناء،

---

(١) هو عبد العزيز بن احمد، شمس الأئمة الحُلواني، تقدم ترجمته في ص ٢٠٧.

(٢) كذا ثبت في الأصل، وتغيرت العبارة في (ج) و (د) كالتالي: "لأن الزرع مع الأرض، أو النخل والتمر بحكم الاتصال كشيء واحد".

ونزع الحلية، وقبَض ذلك[١]، ففعل[٢] الموهوب له ذلك، وقبضه[٣] منزوعا مفرَزا، جاز استحسانا، ولا يجوز قياسا.

وكذا لو باع قفيزا من صبرة، وأمره بكيله فكاله، فهو على القياس والاستحسان، ونظيره لو وهب الدين لغير من عليه الدَين[٤]، وسلّطه على القبض، فقبض، في القياس لا يجوز، وفي الاستحسان يجوز.

وجه القياس: أنّ الهبة وقعت فاسدة لوقوعها في المشاع الذى يحتمل القسمة، فلا تنقلب صحيحة.

وجه الاستحسان: أنّ الهبة تمت في المفرز، لأن الواهب لما أمره بذلك فقد وكّله بالحصاد وغيره، وأقامه مقام نفسه، فصار كأنّ الواهب أفرزَه بنفسه، ثم سلم[٥] إليه بحكم الهبة فيجوز.

وإن وهب شيئا مما وصفنا، ولم يأذن له في قبضه، ولا في نقضه، ولا في جداده، ولم ينهَه، فحصد الموهوب له، ونقض البناء، ونزع الحلية بمحضر من الواهب في المجلس أو غيره، لا يجوز، ولا يثبت له الملك. لم يجعل عقد الهبة إذنا بالحصاد وغيره، وجعلها إذنا بالقبض فيما تقدم، والفرق من وجهين:

أحدهما: أن عقد الهبة إذن بما يقع به الملك، وهو القبض، لا بزيادة تصرف في

---

(١) "ذلك" ساقط من (ج) و (د) وثبت في (ا) و (ب).

(٢) كذا في الأصل وفي (ا) و (ب)، وقوله: "ففعل" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "وقبضه" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "الدين" ساقط من (ج) و (د).

(٥) وفي (ج) و (د): "وسلم".

ملك الواهب، ونقض البناء وغير ذلك زيادة تصرف على أصل القبض، فلا يستفاد بالعقد.

والثاني: أنّ إضافة الهبة إلى الشائع وقعت فاسدة، يستحق نقضها، فلا يجعل إذنا بتقرير الحرام، فكان القبض حاصلا بغير إذن الواهب.

أما الهبة الصحيحة لا يجب عليه نقضها، فيجعل إذنا بالقبض دلالة مادام في المجلس، ثم قال: ويضمن الموهوب له إن أفسد شيئا من ذلك، لأنه أفسد مال الغير بغيرإذنه[1]، ويضمن[2] أيضا ما هلك في يده بعد الجداد والحصاد، لأنه قبض مال الغير بغير إذنه فيكون مضمونا عليه، وكان الدين للواهب على غريمه في مسألة الدين.

ـ والله أعلم ـ

---

(١) قوله: "ويضمن الموهوب له إن أفسد شيئا من ذالك، لأنه أفسد مال الغير بغيراذنه" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في الأصل، كما ثبت في (ا) و (ب).

(٢) "ويضمن" ساقط من (ج) و (د). وثبوته أصح.

باب من الهبة التي يرجع فيها في الأضحية والهدي الواجب وغيره

جمع في الباب فصلين: أحدهما في إيجاب القرابين، والثاني في الأسباب المعترضة عليها.

والقرابين سبعة: الأضحية، ودم القران، ودم المتعة، والهدي المنذور بعينه أو بغيره[1]، وجزاء الصيد، ودم الإحصار، والتطوّع.

والأسباب المعترضة سبعة: الرجوع في الهبة بعد الذبح أو قبله، والرجوع بسبب عيب في المنذور[2]، والرجوع بسبب عيب في الهدي، والاستحقاق، وفساد البيع، وهبة المريض، والهلاك بالسرقة والاحتراق[3].

وبناهما على أصول:

منها: أنّ تعلق حق الله تعالى بالمال لا يمنع النقل والتحويل، لما روي أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع دينارا إلى حكيم بن حِزَام[4] رضي الله عنه، وأمره أن يشتري له

(١) وفي النسخ الأخرى: "أو بغير عينه".

(٢) وجاء في (ا) و (ب): "الرجوع بسبب عيب في البدل".

(٣) لم يتقيّد الشارح رحمه الله في عرض الأسباب المعترضة ترتيبَ الأمام الشيباني في مسائل الباب، بل ذكره سردا مجملا.

(٤) هو حكيم بن حِزام بن خويلد بن أسد بن عبدالعزى بن قصي الأسدي، ابن أخي خديجة زوج

شاةً للأضحية، فاشترى شاة للأضحية، ثم باعها بدينارين، ثم اشترى بأحد الدينارين شاة، وجاء بالشاة والدينار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأخبره بذلك، فقال له[1] عليه السلام: «بارك الله في صفقة يمينك»[2]، جوّز رسول الله صلى الله عليه وسلم

النبي ﷺ، له حديث في الكتب الستة. روى عنه ابنه حزام وعبدالله بن الحارث بن نوفل وسعيد بن المسيب وموسى بن طلحة وعروة وغيرهم. حكى الواقدي أنه ولد قبل الفيل بثلاث عشرة سنة، وكان من سادات قريش، ومن العلماء بأنساب قريش وأخبارها، وكان صديق النبي ﷺ قبل المبعث، وكان يوده ويحبه بعد البعثة، ولكنه تأخر إسلامه حتى أسلم عام الفتح. وثبت في الصحيح أنه ﷺ قال: "من دخل دار حكيم بن حزام فهو آمن". قال البخاري في التاريخ: مات سنة ستين، وهو ابن عشرين ومائة سنة. انظر ترجمته في: أسد الغابة ت ١٢٣٤، الاستيعاب ت ٥٥٣، الإصابة ت ١٨٠٥ تاريخ البخاري ٣/ ١١، الجرح والتعديل ٣/ ٢٠٢، جمهرة أنساب العرب ١٢١، تاريخ ابن عساكر ٥/ ١٢٣، تهذيب الكمال ٣٢١، تاريخ الإسلام ٢/ ٢٧٧، العبر ١/ ٦٠، تهذيب التهذيب ١/ ١٦٩.

(١) "له" زيادة من (ا).

(٢) حديث حكيم بن حزام أخرجه أبوداود عن حكيم بن حزام بلفظ: «أن رسول الله ﷺ بعث معه بدينار يشتري له أضحية فاشتراها بدينار وباعها بدينارين، فرجع فاشترى له أضحية بدينار وجاء بدينار إلى النبي ﷺ فتصدق به النبي ﷺ ودعا له أن يبارك له في تجارته». كتاب البيوع باب في المضارب يخالف، الحديث: ٣٣٨٦، وأخرجه الترمذي في البيوع بلفظ: «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث حكيم بن حزام ليشتري له أضحية بدينار. قال: فاشتري أضحية فأربح فيها دينارا فاشترى أخرى مكانها فجاء بالأضحية والدينار إلى رسول الله ﷺ فقال: ضح بالشاة و تصدق بالدينار»، الحديث: ١٢٥٧.

فما ذكره الشارح من قول النبي ﷺ: «بارك الله في صفقة يمينك»؛ لم يرد في واقعة حكيم بن

منه[1] بيع الأضحية، ودعا له بالبركة.

ولأن محل الوجوب الذمة، والمال محل لإقامة القربة، فقبل الإقامة يكون المحل خاليا عن الحق.

وأصل آخر: أن ما كان الواجب فيه الإراقة دون الصدقة، كالأضحية ودم المتعة والقران، لا يضمن بإزالة المذبوح عن ملكه إلا أن يعتاض عنه، فيلزمه التصدق بالعوض[2]، لأن الشرع أباح له الأكل[3]، وحرّم عليه التموّل.

حزام، إنما ورد هذا في حديث عروة البارقي، رواه الإمام الترمذي في البيوع عن عروة البارقي قال: «دفع إليّ رسول الله ﷺ ديناراً لأشتري له شاة، فاشتريت له شاتين فبعت أحداهما بدينار، وجئت بالشاة والدينار إلى النبي ﷺ فذكر له ما كان من أمره، فقال له: بارك الله لك في صفقة يمينك»، الحديث: ١٢٥٨، وأخرجه أبو داود في سننه، وفيه: «فدعا له بالبركة في بيعه، فكان لو اشترى تراباً لربح فيه». كتاب البيوع باب في المضارب يخالف، الحديث: ٣٣٨٤، وأخرجه البخاري في كتاب المناقب، الحديث: ٣٦٤٠، والحديث: ٣٦٤١، والحديث: ٣٦٤٢، وأخرجه ابن ماجه في كتاب الصدقات باب الأمين يتجر فيه فيربح، الحديث: ٢٤٠٢.

فلعله اختلط على الشارح وجمع بين ألفاظ حديث حكيم بن حزام وحديث عروة البارقي.

(١) "منه" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) لا يجوز بيع شيء من لحوم الهدايا، وإن كان مما يجوز الأكل منه، كما صرّح به ابن الهمام، لأنها صارت لله تعالى خالصا، فلا ينبغي له أن يشتغل بالتجارة فيها، ولو لا الإذن من قبل من له الحق لما أبيح له التناول منها، وليس من ضرورة الإذن في التناول الإذن في التجارة، والمنصوص عليه الإذن في التناول لقوله تعالى: "فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْبَائِسَ الْفَقِيرَ [الحج: ٢٨]، فإن باع شيئاً منه، يلزمه التصدق بعوضه، لأنه متلف حق الفقراء في ذلك القدر." «المبسوط» ٤/ ٧٦، و «مناسك ملا علي القاري»، ص ٤٧٣.

وما كان الواجب فيه الصدقة بالمذبوح، فأدّاه بمحل ثم استحق، فإن كان التصدّق واجبا في ذمته قبل الإراقة يضمن، وإن لم يكن التصدق واجبا في ذمته، ووجب التصدق بعد الإراقة لمعنى في عينه، فاستحق لا يضمن، وإن ذهب العين لا بصنع منه لا يضمن في[1] ذلك كله لما يذكر في أثناء المسائل.

وأصل آخر: أن انتقاص الموهوب لا يُبطل حق الواهب في الرجوع، لأن النقصان ليس إلا ذهاب البعض، وحق الواهب كان ثابتا في الكل، فيبطل فيما هلك، ويبقى فيما بقي[2].

بدأ الباب بالأول من المعترضات، وهو الرجوع في الهبة، فقال:

رجل وهب لرجل شاة أو بقرة أو بَدَنة، فقبضها الموهوب له، وأوجبها للأضحية أي عيّنها لها، أو لتمتع، أو قران، أو جزاء صيد، أو دم إحصار[3]، أو كفارة حلق، أو نذر، أو غير ذلك، أو قلّد البدنة، وأوجبها تطوّعا، ولم ينحرها حتى أراد الواهب أن يرجع

---

(٣) والضابط في ذلك ما ذكره الفقهاء بأن كل دم وجب شكرا، فلصاحبه أن يأكل منه، ويؤكل الأغنياء والفقراء، ولا يجب التصدق به، ويسقط دم الشكر بمجرد الذبح، حتى لو سرق أو استهلكه بنفسه أو بغيره بعد الذبح لا يلزمه شيء من الضمان، وكل دم وجب جبرا لا يجوز له الأكل منه ولو كان فقيراً ولا للإغنياء، ويجب التصدق بجميعه، حتى لو استهلكه بعد الذبح، لزمه قيمته للفقراء، انظر «مناسك ملا علي القاري» ص ٤٧٣. «ردّ المحتار» ٢/ ٦١٦، و«المبسوط» ٤/ ٧٥، وانظر «الفتاوى الهندية» ١/ ٢٦٢.

(١) "في" ساقط من (ج).

(٢) انظر «المبسوط» ١٢/ ٧٥، و«الفتاوى الهندية» ٤/ ٣٨٦.

(٣) وفي (ج) و (د): "دم إحصاره".

فيها، كان له ذلك.

وعن أبي يوسف في «الأمالي»: ليس له أن يرجع، وجه تلك الرواية: أنه لما جعلها لله تعالى فقد أبطل ملك نفسه [عنها][1]، والتحق بالمسجد والوقف.

وجه ظاهر الرواية: أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى، وإيجاب الله تعالى لا يمنع النقل والتحويل، ولا يُبطل الملك لما قلنا في الزكاة.

ولو كان النصاب جاريةً يحل[2] له وطؤها بعد وجوب الزكاة، ولو زال ملك المال عن قدر الزكاة تصير الجارية مشتركة، فلا يحل له الوطء، فكذلك إيجاب العبد لا يبطل الملك، لكن يجعله بعرض أن يزول، ومثل هذا لا يخرجه من أن يكون محلا للنقل، ولا يمنع رجوع الواهب.

ألا ترى أنه لو وهب ألفا لرجل، فحال عليها الحول عند الموهوب له، ثم رجع الواهب فيها صح رجوعه، وكان له ذلك عند الكل، كذا ذكر شمس الأئمة الحلواني[3] رحمه الله في «الزيادات»[4]، فكذلك هذا. ولا كذلك المسجد لأنه تجرّد عن حقوق العباد، وصارلله تعالى خالصا.

فإن لم يرجع حتى نحَرها الموهوب له لشيء من هذه القرب، أو نحرها من غير سبب، كان للواهب أن يرجع فيها، لأنه كان يملك الرجوع قبل الذبح، فكذلك بعده؛ لأنه نقصان.

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

(٢) وفي (ج) و (د): "حل له".

(٣) هو الإمام عبد العزيز بن أحمد شمس الأئمة الحُلواني، تقدم ترجمته في ص ٢٠٧.

(٤) يقصد أنه ذكره في «شرح الزيادات» له، والله أعلم.

وإذا رجع الواهب في الهبة لا يبطل ما صنع الموهوب له من القرب، لأن القربة تأدّت بالإراقة، وما ذهب بالإراقة لا يتصور فيه الرجوع، فكانت القربة ماضية على ملكه.

ثم ينظر إن كان الذابح ذبحها تطوعا، أو للأضحية، أو المتعة، أو القران لا يلزمه شيء [آخر][1]، لأن الواجب عليه بهذه الأسباب إراقة الدم لا غير[2]، ولهذا كان له أن يأكل، ويؤكل الأغنياء، وقد وجدت الإراقة، فلا يلزمه شيء آخر، كما لو وهبها لغيره بعد الذبح.

أما في حق الصيد، ودم الإحصار، والحلق يضمن [قيمته][3] منحورا، لأن الواجب عليه بهذه الأسباب شيئان: الإراقة، والصدقة بلحمها[4] كفارةً وزجراً، ولهذا لا يحل له أن يأكل، ويؤكل الأغنياء، فكان عليه إقامة هذه القربة بما هو خالص حقه، ليتمكّن من التصدّق بلحمها، فإذا أقامها بمحل مشغول بحق الغير، وأدّى ذلك الحق إلى الاستحقاق، كان مقصرًا مفوّتا، فيكون ضامنا[5] تحقيقا للزجر، وتشديدا عليه.

---

(١) "آخر" زيادة من (ا) و (ب).

(٢) في (ا) و (ب): "الإراقة لا غير".

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ج) و (د).

(٤) والضابط فيه ماذكره في «الفتاوى الهندية» بأن كل دم يجوزله أكله، لا يجب عليه التصدق به بعد الذبح، بل يستحب أن يتصدق بالثلث، وما لا يجوز له أكله يجب عليه التصدق به، فلو هلك بعد الذبح لا ضمان عليه فى الكل، وإن استهلكه بعد الذبح إن كان مما يجب عليه الصدقة به يغرم قيمته، ويتصدق بها، وإن كان مما لا يجب عليه الصدقة به لا يغرم شيئاً. «الفتاوى الهندية» ١/ ٢٦٢.

(٥) في (ج) و (د): "فيضمن تحقيقاً" وما أثبت من الأصل ومن (ا) و (ب).

أما إذا سرق أو احترق، وهو الثاني[1] من المعترضات، لا يضمن شيئا[2] لأنه لم يعجز عن التصدق لمعنى يمكن الاحتراز عنه، ولا لمعنى من قبله، فلا يكون مفوِّتا[3]، فلا يصير ضامنا[4] إلا في جزاء الصيد في قول محمد رحمه الله.

قال: والرجوع في الهبة بقضاء أو بغير قضاء سواء، لما عرف في الأصل.

أما النذر فإن كان الموهوب له نذر أن يهدي بها، فهو على وجهين:

إن كان بعينها[5] بأن قال الموهوب له[6]: "لله عليّ أن أنحر هذه البدنة"، فرجع الواهب في الهبة قبل الذبح أو بعده، لا يلزمه شيء، وإن لم يرجع الواهب لكن الموهوب له وهبها للواهب أو لغيره هبة مستقبلة، إن وهب قبل الذبح كان عليه مثلها، وإن وهب هلك كما والأصل بعد الذبح فعليه قيمتها.

فرّق بين هذا وبين رجوع الواهب.

---

(١) كذا في الأصل وفي (ا)، وجاء في (ج) و (د): "وهو السابع من المعترضات" فالثاني حسب عرض الإمام الشيباني للمسائل، والسابع على ترتيب ما ذكره الشارح في فاتحة الباب.

(٢) أي سرق المذبوح أو احترق فلا شيء عليه، لأن الذبح قد بلغ محله، ووجوب التصدق كان متعلقاً العين فيسقط بهلاك العين، وإن سرق قبل الذبح فعليه بدله، لأنه لم يبلغ محله بعد، نظير الأضحية الواجبة إذا سرقت قبل الذبح. «المبسوط» ٤/ ٧٥.

(٣) وعلّل له الإمام العتابي بأنه فات لا بصنعه أصلا فلم يوجد سبب الضمان. «شرح الزيادات» للعتابي، ورق ٩٣.

(٤) في (ج) و (د): "لا يضمن".

(٥) العبارة في (ج) و (د): "أما إن كان بعينه".

(٦) "الموهوب له" ساقط من (ج) و (د).

والفرق: أنّ الناذر في النذر المعين لم يلتزم القربة إلا بمحل مشغول بحق الغير، فإذا أدّى ذلك الحق إلى الاستحقاق صار بمنزلة الهالك[1]، فلا يلزمه غيره، أما في الهبة المبتدأة لم يفت المحل بذلك الحق، وإنما فات بتفويته، فيضمن حق الفقراء.

وإن كان النذر بغير عينه بأن قال: لله عليّ أن أنحر بدنة، ثم وهب له بدنة فقبضها، وعيّنها لقضاء ما عليه، وقلّدها، ثم رجع الواهب في هبته بغير قضاء، أو بقضاء بعد ما بلغت الحرم، أو قبل ذلك رجع[2] قبل الذبح، بقيت المنذورة في ذمته على حالها، لأن ما كان واجبا في الذمة لا يسقط إلا بالأداء، وإن رجع الواهب بعد الذبح كان عليه قيمتها مذبوحة، يتصدق بتلك القيمة؛ لأن الإراقة لم تعرف قربة إلا في زمان مخصوص، أو مكان مخصوص.

والناذر لم يذكر الزمان في نذره، فإنما صح نذره لكونه إيجابا للتصدق، فجعل نذرا بالتصدق بلحمه، تصحيحا لنذره، وصار كأنه قال: لله عليّ أن أنحر بدنة، وأتصدّق بلحمها، ولو صرح بذلك يلزمه شيئان: الإراقة، والصدقة باللحم، ويلزمه إقامة ذلك فيما هو خالص له.

فإذا عيّن محلا هو مشغول بحق الغير، وأدى ذلك الحق إلى الاستحقاق، صار مفوّتا محل الصدقة، فيلزمه التصدق بقيمتها. وإن هلك شيء من ذلك بعد الذبح لا يضمن.

وإن لم يرجع الواهب فيها لكن وهبها له أو لغيره، فكذلك الجواب، إن وهبه قبل الإراقة فعليه مثلها، وإن وهب بعد الإراقة عليه التصدق بقيمتها منحورة، لما قلنا في رجوع

(١) في (ا) و (ب): "بمنزلة الهلاك".

(٢) "رجع" ساقط من (ج) و (د).

الواهب بل أولى، لأن هنا فات المحل بفعله حقيقة، وإن هلك بآفة سماوية بعد الذبح، لا شيء عليه في هذه المسائل لما قلنا.

وأما الوجه الثاني[1]: رجل وهب لرجل بدنة، فأوجبها الموهوب له تطوعا، وقلّدها، فبلغت الحرم[2]، ونحرها، ثم رجع الواهب فيها، لا شيء على الموهوب له[3]، لأنه لم يلتزم القربة إلا بمحل مشغول بحق الغير، فذهابه بذلك الحق لا يوجب الضمان[4]، وهي كالأضحية ودم المتعة والقران.

وإن عطبت بغير الحرم قال: ينبغي أن ينحرها، ويتصدق بها[5]، ولا يأكل منها، ولا يؤكل غنيا، ولو فعل يتصدّق بقيمته ذلك[6].

عرفنا ذلك لما روي عن النبي عليه السلام أنه بعث الهدايا على يد ناجية بن جندب

---

(١) كان في الأصل وفي (ج) و (د): "الوجه الثالث"، وهو خطأ، والتصحيح من (ا).

(٢) قوله: "فبلغت الحرم" أي عطبت هناك. فنحرها في الحرم، كما يتضح من سياق المسائل، فقال في المسألة التالية: "وإن عطبت بغير الحرم".

(٣) «مناسك ملا علي القاري» ص ٤٧٥.

(٤) لأن تعدي التطوع غير مختصّ بيوم النحر، وإنما عليه تبليغه محلّه بأن يذبحه في الحرم، وقد فعل ذلك. راجع ما قاله قاضي خان رحمه الله في ١٥٣٦، أما إذا نحرت في الحرم... وانظر «المبسوط» ٤/ ١٤٣.

(٥) وذلك أفضل من أن يتركه للسباع، قال السرخسي: هكذا نقل عن عائشة رضي الله عنها. انظر «المبسوط» ٤/ ١٤٥.

(٦) جاء في «مناسك ملا علي القاري»: ولو هلك هدي التطوع قبل وصوله الحرم لا يجوز الأكل منه للمتطوع ولا للأغنياء، ولو أكل منه ضمن ما أكل ص ٤٧٣ و٤٧٥.

الأسلمي[1] رضي الله عنه، فقال: ماذا أصنع بما عَطِبَ منها يا رسول الله؟ فقال عليه السلام: «انحرها، ثم أصبغ نعلها بدمها، واضرب بها صَفحة سنامها، وخلّ بينها وبين الناس، وقل: من شاء فليقطع، ولا تأكل أنت، ولا أحد من رُفْقَتِكَ»[2]، كأنه عليه

---

(١) ناجية بن جندب بن عمير بن يعمر الأسلمي. صاحب بُدْن رسول الله ﷺ؛ كان اسمه ذكوان، فسماه النبي ﷺ ناجية حين نجا من قريش. وذكر ابن أبي حاتم عن أبيه - أن ناجيه مات بالمدينة في خلافة معاوية. راجع لترجمته إلى: السير والمغازي ٢٣٩، تهذيب التهذيب ١٠/ ٣٩٩، الجرح والتعديل ٨/ ٤٨٦، المغازي للواقدي ٥٧٤، التاريخ الكبير ٨/ ١٠٧، الكاشف ٣/ ١٩٥، تهذيب الكمال ٣/ ١٤٠، تقريب التهذيب ٢/ ٢٩٤، أنساب الأشراف ١/ ٣٥٣، الكامل في التاريخ ٤/ ٤٤، تحفة الأشراف ٩/ ٣، أسد الغابة ت ٥١٦٥، الاستيعاب ت ٢٦٨٦، الإصابة ت ٨٦٦٣.

(٢) حديث صحيح، أخرجه ابن ماجه في سننه عن ناجية الخزاعي - وكان صاحب بدن النبي ﷺ - قال: قلت: يا رسول الله! كيف أصْنَعُ بما عَطِبَ من البُدْن قال: «انْحَرْه، واغْمِسْ نَعْلَهُ في دمه، ثم اضرب صَحْفَتَه وخل بينه وبين الناس فليأكلوه» كتاب المناسك باب في الهدي إذا عطب، الحديث: ٣١٠٦، وأخرجه أبو داود في كتاب الحج باب في الهدي إذا عطب قبل أن يبلغ، والحديث: ١٧٦٢، وأخرجه الترمذي في كتاب الحج باب ما جاء إذا عطب الهدي ما يصنع به، الحديث: ٩١٠، وقال: حسن صحيح، وأخرجه الإمام مالك ١/ ٣٨٠، والحميدي، الحديث: ٨٨٠، وابن حبان ٤٠٢٣، وابن خزيمة ٢٥٧٧، والحاكم ١/ ٤٤٧، والبيهقي ٥/ ٣٤٣، وأحمد ٤/ ٣٣٤، كلهم من حديث ناجية الخزاعي.

وليس فيه قوله ﷺ: «لا تأكل أنت ولا أحد من رفقتك»؛ إنما ورد هذا فيما رواه ابن عباس أن ذؤيبا الخزاعي حدّث أن النبي ﷺ كان يبعث معه بالبدن، ثم يقول: «إذا عطب منها شيء فخضيت عليه موتاً فانحرها ثم اغمس نعلها في دمها، ثم اضرب صفحتها، ولا تطعم منها أنت ولا أحد من أهل رُفقتك»، أخرجه ابن ماجه في المناسك، الحديث: ٣١٠٥، وأخرجه أبوداود

السلام علم أن رفقته أغنياء.

وإنما أمره بما قلنا ليكون علامة يعرف كل من يمرّ بها أنها هدي، فلا يأكل منها إن كان غنيا، وإن كان فقيرا يأكل.

والمعنى فيه أنه التزم القربة بإراقة الدم، والإراقة لم تعرف قربة إلا في زمان مخصوص أو مكان مخصوص، فإذا عطب دون الحرم، وفاتت القربة بالإراقة، والأصل في القرب المالية هو التصدق، يقوم التصدّق مقام الإراقة، وينتقل إلى الصدقة، ويلتحق الحيوان بالعرض.

ولو نذر أن يهدي بغير الحيوان كالثياب ونحوها، يلزمه تصدق[1]، كذلك هنا، فإن تصدّق بعينها جاز لحصول المقصود، وإنما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالنحر لتفرق بجميعها على المساكين، فإن تناول شيئا من لحمها كان عليه أن يتصدّق بقيمة ما أكل على الفقراء، لأنه أتلف حق الفقراء فيضمن.

أما إذا نحرت في الحرم، فقد أقام الملتزم، ووقعت الإراقة قربة، فلا يلزمه شيء آخر[2].

وهذا بخلاف ما إذا عيّنها عن واجب نحو جزاء الصيد، وما كان واجبا في الذمة،

في المناسك، الحديث: ١٧٦٣، واللفظ فيه: «ولا تأكل منها أنت ولا أحد من أصحابك» أو قال: «من أهل رفقتك»، وأخرجه مسلم في الحج، الحديث: ٢٣٠٥، وأخرجه الإمام أحمد في مسنده، الحديث: ١٨٦٩و ٢١٨٩ و ٢٥١٨.

(١) "التصدق" ساقط من (ج) و (د).

(٢) «المبسوط» ٤/ ١٤٣، «مناسك ملا علي القاري» ص ٤٧٥.

[و][1]عطب في الطريق فنحرها، كان له أن يأكل منها[2]، ويؤكل غنيا، لأن ثمّة إذا عطب هذا[3] في الطريق صار كأن لم يعيّن، فبقي ما كان واجبا في الذمة على حاله[4]، فلا يلزمه التصدق بالمنحور، فكان له أن يأكل منه.

وإذا وجب التصدق بالذي عطب في الطريق، ولم يجد من يتصدّق بها عليه، يعلّمه بعلامة[5] لما قلنا.

فإن رجع الواهب فيها قبل أن ينحر، لا يلزمه شيء، لأن التصدق ما كان واجبا عليه في الأصل، وإنما يجب التصدق بعد الإراقة مع بقاء المحل إتماما للقرب بقدر الممكن، فإذا فات المحل لا بصنعه، لا يلزمه شيء.

الثالث من المعترضات:

رجل اشرى شاة أو بدنة بفضّة بعينها لشيء مما قلنا، ثم إن بائع البدنه وجد بالفضة عيبا[6]، كان له أن يردّها؛ لأن المعاوضة تقتضي السلامة عن العيوب.

وإذا رد الفضة، قال: ينتقض البيع، جعَل الفضة في هذه الرواية مما يتعين، وألحقها

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٢) لما كان الهدي واجبا وعطب في الطريق، فهو لصاحبه، يصنع به ما شاء لأنه قصد بهذا إسقاط الواجب ذمته، فإذا أخرج من أن يكون صالحا لإسقاط الواحب به بقي الواجب في ذمته كما كان. «المبسوط» ٤/ ١٤٥.

(٣) "هذا" ساقط من (ج) و (د).

(٤) فيجب عليه أن يقيم غيره مقامه. انظر «مناسك ملا علي القاري» ص ٤٧٥، ٤٧٦.

(٥) «المبسوط» ٤/ ١٤٥.

(٦) في (ج) و (د)، والأصل: "ثم إن بائع البدنة وجد بالفضة عيباً".

بالسلعة، ولم يجعلها بمنزلة الدراهم، إذ لو كانت بمنزلة الدراهم لا ينتقض البيع بردّها بل يرجع بغيرها، لأن الدراهم لا تتعين في المعاوضات.

أما في بيع المقايَضة إذا ردّ أحدهما بالعيب ينتقض البيع، وإذا انتقض برد الفضة يخيّر بائع البدنة، إن شاء أخذ اللحم، وإن شاء ترك، وضمنه قيمتها غير منحورة، لأن الذبح نقصان فاحش، فكان له الخيار كما في الغصب، والبيع الفاسد من الأصل.

فإن اختار ترك اللحم، وضمنه القيمة، جازت الإراقة عن المشتري لتقرر ملكه في البدنة، وإن اخذ اللحم يغرم المشتري للفقراء قيمته مذبوحا، يتصدق بها، أما في جزاء الصيد ودم الإحصار والحلق فظاهر، لأن التصدق باللحم واجب في هذه الدماء، وأما في الأضحية ودم المتعة والقران، فلأنه إن ردّ الفضة بغير قضاء فهو بيع في حق الثالث، فيجعل اعتياضا في حق الفقراء، ولو اعتاض حقيقة يجب التصدق بقيمة اللحم، كذلك هنا.

وإن كان الرد بقضاء فكذلك، لأنه وإن ردّ اللحم، عاد إليه الثمن، وبرئ عن الضمان، فصار كأنه باع اللحم بتلك الفضة، وبما كان عليه من الضمان، فيتمكّن فيه شبهة الاعتياض فيلزمه التصدق.

ثم ينظر: إن كانت قيمته منحورا أكثر من قيمة الفضة التي عادت إليه، يتصدّق بقيمته منحورا، وإن كانت قيمة الفضة أكثر من قيمتها منحورة يتصدق بقيمة الفضة، أيّهما كان أكثر يلزمه التصدق به. كما لو باع اللحم بثمن،(1) ينظر إلى الثمن وإلى قيمة اللحم، أيّهما كان أكثر يتصدق به احتياطا كذلك هنا.

ولا يقال: الاحتياط أن ينظر إلى قيمتها غير منحورة، وإلى قيمة الفضة التي ردّت عليه لا إلى قيمتها منحورة، لأن المشتري بدفع اللحم استفادَ البراءةَ عن قيمتها غير

(1) زاد في الأصل هنا "ثم ينظر".

منحورة، فكان بدل اللحم قيمتها غير منحورة.

لأنا نقول: نعم! المشتري يستفيد [البراءة][1] عن تلك القيمة، إلا أن قيمتها غير منحورة قوبلت باللحم وبما يذهب بالإراقة، وما ذهب بالإراقة أقام بها قربة، فلا يلزمه التصدّق ببدلها، وإنما يلزمه التصدّق ببدل ما لم يتقرب به، وهو اللحم، فينظر إلى قيمة اللحم، ويلزمه التصدق بما قلنا.

وأما الرابع: هو الرد بعيب في الهدي:

قال: لو أن بائع البدنة لم يجد عيبا بالفضة، لكن المشتري وجد بالبدنة عيبا بعد الذبح، فإنه يرجع بالنقصان، ولا يردّ لأن الذبح نقصان، وتعيُّب المبيع في يد المشتري يمنع الرد بالعيب، فلا يرد إلا أن يرضى البائع أن يأخذ المذبوح؛ لما عرف في الأصل.

وإن أبى البائع أن يأخذ المذبوح، ويرد النقصان، ينظر إلى العيب، إن كان عيبا لا يخرجه عما يجوز في الضحايا والهدايا، سلم له نقصان العيب، ولا يتصدق به، لأنها إن كانت تجوز مع العيب فالقربة تأدّت بما وراء العيب، ولا يتعلّق بالجزء الفائت بالعيب[2]، فلا يكون نقصان العيب بدل ما أقيم به القربة، فلا يتصدق به إلا في جزاء الصيد، فإنّ الهدي إذا لم يكن مثْلا للصيد إلا بصفة السلامة عن العيب، كان عليه أن يتصدّق بما استردّ من النقصان، لأن الواجب عليه في جزاء الصيد [الواجب][3] قيمة المقتول، فيتصدّق بنقصان العيب، ليكون مؤدّيا كمال القيمة، حتى لو كان الهدي مثلا للصيد مع العيب يسلم له نقصان العيب، هذا إذا رجع بنقصان العيب.

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د) "ولا يتعلق الجزء الفائت بالعيب".

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

وإن أخذ البائع الهَدي المنحور، وأعطاه الثمن، كان على المشتري أن يتصدّق بالثمن المردود، لأنه بدل الهدي المنحور، فيتصدق به إلا حصة العيب من الثمن، فإنه لا يتصدّق بذلك لما قلنا: إنّ القربة تأدّت بما وراء العيب إلا في جزاء الصيد، فإنه إذا لم يكن مِثلا للصيد إلا بصفة السلامة عن العيب، يلزمه التصدق بجميع الثمن.

فإن قيل: ينبغي أن يتصدق بجميع الثمن[1] على كل حال كما لو باع المذبوح حقيقةً، يلزمه التصدق بجميع الثمن.

قلنا: إذا باع المذبوح، والثمن يقابل المذبوح، فيتصدّق بجميع الثمن[2]، أما الثمن المردود كله ما كان بمقابلة المذبوح، بل بعضه كان بمقابلة الفائت بالعيب، فلا يلزمه التصدق بذلك القدر لما قلنا.

وأما الردّ بفساد البيع، وهو الخامس من المعترضات:

رجل اشترى شاة [أو بقرة][3] أو بدنة شراء فاسدا، ونحَرَها عن شيء مما ذكرنا، ثم حضر البائع، فإن شاء أخذ اللحم، وضمنه نقصان الذبح، وإن شاء تركه عليه، وضمنه جميع القيمة، لأن الذبح نقصان فاحش فكان استهلاكا من وجه، فإن شاء مال[4] إلي جانب القيام، وضمنه النقصان، وإن شاء إلى جانب الهلاك، وضمنه جميع القيمة، وترك اللحم عليه.

فإن ضمنه القيمة، وترك اللحم عليه، جاز نحره عما صنع، لأنه تقرّر عليه ملكه،

---

(١) العبارة في (ج) و (د): "ينبغي أن يلزمه التصدق بالجميع".

(٢) في (ج) و (د): "فيتصدق بجميعه".

(٣) "ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٤) "مال" ساقط من (ج) و (د).

ويتصدق باللحم فيما كان سبيله التصدّق، ويأكل إن شاء فيما كان له ان ياكل[1]، وإن أخذ البائع المذبوح، وضمنه النقصان، كانت القربة ماضية، لأنه ملكها بالشراء الفاسد، والإراقة حصلت على ملكه.

وإنما انتقص الملك بالاسترداد فيما بقي لا فيما فات بالإراقة، ويلزمه التصدق بقيمتها منحورة. أما في الدماء التي يلزمه التصدق باللحم فظاهر، وأما في غير ذلك كالأضحية وغيرها فكذلك، لأنه كان ضامنا قيمتها للبائع، وبِدفعِ المذبوح استفاد البراءةَ عن تلك القيمة، فكأنه اعتاض.

وأما السادس وهو انتقاض هبة المريض:

قال: مريض وهب شاة أو بدنة، فنحرها الموهوب له عن شيء مما ذكرنا، ثم مات الواهب، ولم يدَع مالا غيرها، وعليه دين يحبط بماله، فإنه تنقض الهبة، لأن هبة المريض وصية، ولا وصية مع الدين، ويكون الخيار في ذلك للقاضي، إن شاء ضمنه قيمتها يوم القبض، وإن شاء ضمنه نقصان الذبح، ويأخذ اللحم، ويبيع؛ لأنه نصب ناظرا للمسلمين، فيفعل ما هو الأنفع، والأنظر، وأيهما فعل كانت القربة ماضية.

أما إذا ضمنه القيمة، فلأن الإراقة حصلت على ملكه، وقد استقرّ ذلك الملك، فلا يلزمه شيء آخر، وأما إذا أخذ المذبوح، وضمنه النقصان فكذلك، لأنه نحرَ ملك نفسه، لأن تصرفات المريض فيما يحتمل النقض تنفذ للحال، والهبة من قبيل ذلك، فيملكها الموهوب له، ثم ينقض ملكه بعد الموت، وما فات بالإراقة لا يحتمل النقض، فيبقى على ملكه، وهذا والبيع الفاسد سواء.

وإذا أخذ القاضي المذبوح، وضمنه النقصان، يتصدق الموهوب له بقيمته منحورا،

---

(١) في (ج) و (د): "في ما كان سبيله الأكل".

لأنه بدفع المذبوح استفاد البراءةَ عن ضمان القيمة، فيتصدق بالقيمة، بخلاف ما إذا رجع الواهب في الهبة، وهو الفصل الأول من الباب، فإن ثمّة لا يلزمه التصدق فيما لم يكن التصدق واجبا بلحمه، لأن ثمة بردّ المذبوح لم يستفد البراءة عن ضمان واجب، فلم تتمكّن شبهة الاعتياض.

وأما السابع فصل الاستحقاق:

(رجل اشترى شاة أو بدنة، ونحر الشيء مما قلنا، ثم استحقها رجل بالبينة، كان المستحق بالخيار، إن شاء ضمنه القيمة، وإن شاء أخذ اللحم، وضمنه النقصان)، لما مر في البيع الفاسد والغصب وغيره. وفي بعض الروايات: إذا أخذ المذبوح ليس له أن يضمن النقصان، كما في فقئ عيني العبد ونحوه، والصحيح ما ذكر هنا، فإن ضمنه القيمة جازت الإراقة عن ما صنع.

وعن أبي يوسف وزفر: أنه[1] لا يجوز لهما، إن الإراقة وقعت في غير ملكه، فلا تنفذ بملك حادث، كالغاصب إذا أعتق العبد المغصوب ثم ملكه بأداء الضمان، لا ينفذ إعتاقه.

وجه ظاهر الرواية: أن المضمونات تملك عند أداء الضمان مستنداً، والمستند ثابت من وجه دون وجه، إلا أن الملك من وجه يكفي للهدايا كما يكفي للبيع، ولا يكفي لنفاذ العتق، لأن نفاذ العتق يعتمد الملك [من كل وجه][2].

ألا ترى أنّ المكاتب إذا أعتق عبدا من كسبه لا ينفذ إعتاقه، ولو أحصر، وبعث الهدي فنحر عنه، يجوز، ويحل عن إحرامه.

---

(١) "أنه" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

هذا إذا ضمنه المستحق قيمتها، فإن أخذ اللحم، وضمنه النقصان، لا تجوز الإراقة عما صنع حتى لو كان محصرا يعود حَراما إلى أن يبعث بهدي آخر، فينحر عنه، وكان عليه دم لإحلاله من الإحصار قبل ذلك، لأنه أحل قبل الذبح، فصار جانيا على إحرامه، فيلزمه الدم.

وإنما لا يجزيه الأول، لأنه ظهر أنه نحَر ملك الغير، وبضمان النقصان لا يملك ما تتأدّى به القربة، لأن ما يستوفي بالإراقة لا يحتمل الملك مفردا، ولأنه فائت.

ثم ذكر في آخر الباب حكم الأضحية، قال:

رجل اشترى شاةً، فأوجبها أضحية، وجب عليه، موسرا كان أو معسرا، في قول من يوجب الأضحية، وفي قول من لا يوجب.

واختلف المشايخ في قول محمد: "فأوجبها أضحية"، قال بعضهم: أراد بذلك أن يوجبها بلسانه بعد الشراء، فيقول: "لله عليّ أن أضحي بهذه الشاة"، فيلزمه موسرا كان أو معسرا، لأنه نذَر بما لله تعالى من جنسه إيجاب، وهو دم القران، فيلزمه[1].

وقال بعضهم: أراد به أنه اشتراها بنية الأضحية، وقوله: "فأوجبها" أي بذلك الشراء، كما في قوله عليه السلام: «فيشتريه فيعتقه»[2]، أشار هنا إلى أن الشراء بنية

(١) يجب التضحية بالنذر على الغني والفقير بأن قال: "لله عليّ أن أضحّي شاة أو بدنة"، لأن هذه قربة لله تعالى عزّوجلّ، من جنسها إيجاب، وهو هدي المتعة والقِران، كما أن هذه القربة تلزم بالنذر كسائر القرب التي لله تعالى من جنسها إيجاب من الصلاة والصوم ونحوهما، والوجوب بسبب النذر يستوي فيه الغني والفقير. انظر «بدائع الصنائع» ٥/ ٦١ - ٦٣. «المبسوط» ١٢/ ٨، «الفتاوى الهندية» ٥/ ٢٩١.

(٢) إشارة إلى ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

الأضحية يوجب التضحية [بها][1]، موسرا كان المشتري أو معسرا.

وروى الزعفراني[2] رحمه الله عن أصحابنا[3]: أن الشراء بنية الأضحية لا يوجب التضحية بها وإن كان فقيرا.

وهكذا ذكر محمد[4] رحمه الله في «الأصل»، وهو ظاهر المذهب عندنا[5]، وعند

«لايَجزي ولدٌ والدا إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه» أخرجه مسلم في العتق، باب فضل عتق الوالد، الحديث ٣٧٧٨. وأخرجه الترمذي في كتاب البر والصلة، باب ما جاء في حق الوالدين، الحديث ١٩٠٦. وأخرجه ابن ماجه في كتاب الأدب، باب برّ الوالدين، الحديث ٣٦٥٧.

(١) سقط من الأصل ومن (ج) و (د)، وزيد من (ا) و (ب).

(٢) هو محمد بن أحمد بن محمد، أبو الحسن الدلال، المعروف بالزعفراني، المتوفي ٣٩٣هـ. تقدم ترجمته في ص .

(٣) كذا ثبت في الأصل و (ا)، وقوله: "عن أصحابنا" سقط في (ا) و (ب)، وسقوطه أولى، والصواب: "من أصحابنا"، كما ذكر الكاساني: "وهو قول الزعفراني من أصحابنا". «بدائع الصنائع» ٤/ ١٩٢.

(٤) كذا ورد في جميع النسخ، لكن سياق العبارة هذه لايخلوا من نظر، فإن قوله: "هكذا ذكر محمد" يوهم أن محمدا ذكر في الأصل مثل قول الزعفراني، وكذلك قوله: "وهو ظاهر المذهب" يوهم أن ظاهر المذهب هو ما قاله الزعفراني، والصحيح هو العكس، ولايقصده الشارح أيضا، كما يدل عليه بما وجّهه لظاهر الرواية بعد فقرات، فالموقع المناسب لهذا الكلام هو قبل الفقرة السابقة، أي بعد قوله: "موسرا كان أو معسرا". وهو ما ثبت في (ا) إلا أنه صحّح في الهامش مثل ما ثبت في النسخ الأخرى، فليتنبه.

(٥) انظر: «بدائع الصنائع» ٥/ ٦١، «المبسوط» ١٢/ ٨، «الفتاوى الهندية» ٥/ ٢٩١، «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٣٤٧.

الشافعي ما لم يوجبها بلسانه[1].

وجه رواية الزعفراني: أنّ مجرد النية لا يوجب شيئا[2]، كما لو نوَى أن يصوم أو يعتق، والشراء ليس بسبب للوجوب، فلا يلزمه التضحية، كما لو وهب له، أو تصدق به عليه، فنَوى بقلبه التضحية[3]، لا يصير أضحية بالإجماع، وكذا لو نوى التضحية بشاة كانت له، لا يجب عليه بالإجماع.

وجه ظاهر الرواية: أن شراء الفقير بنية التضحية بمنزلة النذر من حيث العرف، فإنا لا نجد في العرف فقيرا يشتري الأضحية إلا وأن يضحي بها، فكأنه نذر بالتضحية بعد

---

(١) ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه إذا نوى الشراء للأضحية ولم يتلفّظ بذلك، لاتجب به أضحية، لأن إزالة الملك على سبيل القربة لاتحصل بذلك، وإنما تجب الأضحية إما بالنذر أو بالتعيين صراحة بأن يقول: هذه أضحية أو: جعلتها أضحية، لزوال ملكه عنها بذلك، والجعل بمعنى النذر حينئذ، فتصير واجبة. انظر «مختصر المزني» ص ٢٨٤، «المهذب» للشيرازي ١/ ٢٤٠، «مغني المحتاج» ٤/ ٢٨٣، ٢٨٨، «المغني» لابن قدامة ٨/ ٦٢٧ وما بعدها، «كشاف القناع» للبهوتي ٣/ ٨.

والمعتمد في المذهب المالكي أن الأضحية لاتجب إلا بالذبح فقط، فلاتجب بالنذر ولا بالنية والتعيين، والأضحية لا تتعين عندهم إلا بالذبح، قاله الدردير والدسوقي، انظر «الشرح الكبير» للدردير، وحاشيته للدسوقي ٢/ ١٢٢، ١٢٥. وخالفهم ابن الجزي المالكي فيرى وجوب الأضحية بالنذر و بالنية قبل الذبح. «القوانين الفقهية» لابن جزي، ص١٨٩.

(٢) لاخلاف بين الفقهاء أن الأضحية لاتجب بمجرّد نية الشراء، يقول قاضي خان في فتاواه: الفقير إذا نوى أن يشتري شاة للأضحية، لايلزمه بهذا النية شيء. «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٣٤٧.

(٣) "التضحية" ساقط من (ج) و (د).

الشراء، ولا عرف في الغني، فلا يثبت الإيجاب في حقه[1].

ثم إذا وجب عليه التضحية بالشراء على نية التضحية، أو بالإيجاب صريحا بعد الشراء، فإن تصدّق بعينها قبل الذبح في أيام النحر، كان عليه مثلها، لأن الواجب عليه الإراقة، وإنما تحلّ الصدقة عند فوات الإراقة ما لم يمض[2] أيام النحر، فإذا تصدّق بعينها في أيام النحر، فقد فوّت الإراقة على نفسه، وتصدّق قبل وجوب الصدقة، وقبل سببها، فصار كأنه استهلكها، فيلزمه أن يقيم مقامها أخرى.

فإن لم يشتر أخرى حتى مضت أيام النحر، كان عليه أن يتصدّق بقيمتها[3]، لأن الإراقة لم تعرف قربة إلا [في مكان مخصوص][4][5] أو في زمان مخصوص[6]، فإذا فات الزمان ينتقل إلى الصدقة، ولا تجزئ عنه الصدقة الأولى؛ لأنها كانت قبل الوجوب، وقبل وجود السبب فلا تجوز، كما لو فاته رمي الجمار في أيامه، يلزمه دم[7] يتصدّق

---

(١) «بدائع الصنائع» ٥/ ٦١.

(٢) في (ج) و (د): "بمضيّ أيام النحر".

(٣) «الفتاوى الهندية» ٥/ ٢٩٤.

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٥) وهو الحرم للهدي فلا يجوز ذبحه في غيره أصلا، سواء كان دم شكر أو جناية، فإن الهدي: "اسم لما يهدى من النعم إلى الحرم"، ويدخل فيه الهدي المنذور. انظر «ردّ المحتار» ٢/ ٦١٦، «المبسوط» ٤/ ١٣٦، و«مناسك ملا علي القاري» ص ٢٦٣، غنية الناسك ص ٢٠٧.

(٦) وهو أيام النحر للهدي والأضاحي، أما دماء الكفارات فلا يختص بيوم النحر. انظر «ردّ المحتار» ٢/ ٦١٦، «مناسك ملا علي القاري» ص ٢٦٣، و«المبسوط» ٤/ ٧٥.

(٧) انظر «مناسك ملا علي القاري» ص ٣٥٨.

بلحمه على الفقراء.

ولو ذبح هديا قبل أيام الرمي، وتصدّق بها، ثم مضت أيام النحر، كان عليه دم آخر، ولا يجزيه ما سبق، كذلك هنا.

ولو لم يتصدق بتلك الشاة التي أوجبها، ولم يذبحها حتى مضت أيام النحر، كان عليه أن يتصدق بها حيّة[1]، لأنه إذا فاتت القربة بإراقة الدم بقيت مستحقة الصرف، فتحوّلت القربة إلى الصدقة بعينها.

فإن تصدّق بقيمتها جاز أيضا، لأن التصدّق بقيمتها كالتصدق بعينها في ذكر[2] المقصود.

فإن ذبحها، وتصدّق بلحمها كان عليه أن يتصدّق بنقصان [الذبح][3]، لأن الحق تحوّل إلى الصدقة بكلّها.

فإن لم يذبحها، ولم يتصدّق بقيمتها حتى جاء أيام النحر من القابل، فذبحها لم يجز الذبح عن ما لزمه بالسبب الأول، وكان عليه أن يتصدّق بعينها أو بقيمتها، لأن الإراقة عرفت قربة في أيام النحر أداءً لا قضاءً.

---

(١) جاء في «الفتاوى الهندية»: إن الأضحية تقضى إذا فاتت عن وقتها، ثم قضاؤها قد يكون بالتصدق بعين الشاة حية، وقديكون بالتصدق بقيمة الشاة. ٥/ ٢٩٤، «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٣٥٥.

(٢) "ذكر" ساقط من (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

كالرمي إذا فات عن وقته، وتحول إلى الهدي[1]، لا يجوز[2] الرمي بعد ذلك في العام القابل.

وكذا الجمعة إذا فاتت وتحولت إلى الظهر، لا يجوز لا يجرنه قضاءها جمعة في وقت آخر[3]، لأن الإراقة لما فاتت في السنة الأولى،[وتحوّلت][4] إلى الصدقة صار كأنه قال: "لله عليّ أن أتصدّق بهذه الشاة"، ولو صرّح بذلك يلزمه أن يتصدّق بها حيّة أو بقيمتها، كذلك هنا.

ـ والله أعلم.

---

(١) انظر «الفتاوى الهندية» ١/ ٢٤٧، و«مناسك ملا علي القاري» ص ٣٥٨.

(٢) في الأصل: "لايجزيه".

(٣) قال قاضي خان في فتاواه: قضاء الجمعة لا يجوز، «فتاوى قاضي خان» ١/ ١٧٧، وانظر «الفتاوى الهندية» ١/ ١٤٥.

(٤) "ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

كتاب الوكالة

باب الوكالة التي تبطل في الواحد وتجوز في الجماعة والبضاعة والنفقة

بنى البـاب على أنّ الوكالة تحتمل الجهالة اليسيرة، ولا تحتمل الفاحشة[1]؛ لأن التوكيل استعانة على ما وكّل به، وتحصيل المجهول لا يمكن، فكل جهالة تمنع الامتثال تمنع الصحة[2]، وما لا فلا.

والجهالة أنواع ثلاثة[3]:

جهالة فاحشة: وهي جهالة الجنس[4]، وإنها تمنع الصحة، حتى لو وكله بشراء دابة

(١) الأصل فيه أنه الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحساناً، لأن مبني التوكيل على التوسعة لأنه استعانة، وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع. كذا حقّقه المرغيناني، انظر «الهداية» مع «فتح القدير»: ٨/ ٣٢.

(٢) بيّنه الإمام السرخسي بأسلوب آخر يوضّح المزيد في الموضوع فقال: الأصل في هذا الباب أن الوكيل متى قدر على تحصيل مقصود المؤكل بما سمّى له جاز التوكيل، وإلا فلا، لأن الوكالة غير مقصودة لعينها، بل المقصود شيء آخر يحصل للمؤكل، فإذا قدر على تحصيل مقصوده بما سمى له كان هذا عقدا مفيدا للمقصود فصحّ، وإلا فلا. «المبسوط»: ١٩/ ٣٨.

(٣) ذكر الإمامُ العتّابي هذه الأنواعَ الثلاثة في «شرح الزيادات» للعتابي. مخطوط، ورق ٩٣. والشيخ شمس الدين قودر في تكملة «شرح فتح القدير»: ٨/ ٣٢.

(٤) انظر «المبسوط»: ١٩/ ٣٨.

أو ثوب أو حيوان لا يصح، وإن سمّى الثمن، لأن المقصود من الشراء التوسّل إلى العين لمنافع تعلّقت بالعين، واسمّ الثوب يتناول أجناسا مختلفة الصور والمنافع[1]، وكذلك الحيوان.

وبإعلام الثمن لا تزول هذه الجهالة[2]، لأن بما سمّى من الثمن يستفاد من كل جنس، فلا ترتفع الجهالة، فلا تصح الوكالة إلا إذا فوّض إليه على وجه التعميم[3]، فيقول: أيّ ثوب شئت، وما يقوم مقامه من ذكر الجمع وغيره[4].

وجهالة يسيرة: وهي جهالة النوع والصفة[5]، وإنها لا تمنع التوكيل سمّى الثمن أو لم يسمّ، [6] حتى لو وكله بشراء حمار أو بغل أو ثوب هروي يصح.

---

(١) «المبسوط»: ١٩/ ٤٠.

(٢) انظر «المبسوط»: ١٩/ ٣٨.

(٣) في (ج) و (د): "العموم".

(٤) في (ج) و (د): "أو غيره"، وما ثبت أصح.

(٥) كالحمار والبغل والثوب الهروي والمروي، لايمنع صحة الكالة وإن لم يبين الثمن، لأنه لايعجزه عن الامتثال. «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ٩٣.

(٦) يرى الإمام السرخسي أن هذا استحسان، و القياس أن لا يجوز ما لم يبين الصفة، وجه القياس أن التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء فلا يجوز إلا ببيان وصفة المعقود عليه، ووجه الاستحسان ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه دفع دينارا إلى حكيم بن حزام رضي الله عنه، وأمره أن يشتري له شاة للأضحية، (سنن أبي داود الحديث ٣٣٨٦، والترمذي الحديث ١٢٥٧) ولم يبين صفتها. انظر «المبسوط»: ١٩/ ٣٨، تكملة «فتح القدير» ٨/ ٣٢.

وقال بِشر بن غياث[1] المَرِيسي[2]: لا تصح الوكالة، هو يَعتبر الوكالة بالبيع، حتى لو أسلم في ثَوب هروي، ولم يذكر الصفة، لا يصح، فكذا إذا وكّل[3].

وإنا نقول: بأن مبنى الوكالة على التوسعة[4]، والتفاوت في النوع الواحد يسيرٌ لا يخلّ بالمقصود، وعسى يمكن رفعها بالرجوع إلى حال الموكل وغيره، فيتحمل ذلك في

---

(١) في (ج) و (د): "بشر بن عتاب"، والصواب ما أثبت.

(٢) هو بِشر بن غياث بن عبد الرحمن المرِيسى، المتكلم، مَولى زيد بن الخطاب، أ درك مجلس أبي حنيفة، ثم لازم أبا يوسف، وأخذ الفقه عنه، وبرع فيه، وكان ذا ورع وزهد غير أنه رغب عنه الناس لاشتهاره بعلم الكلام والفلسفة، وكان أبويوسف يذمّه ويعرض عنه، مات سنة ثمان وعشرين ومائتين، وله تصانيف، وروايات كثيرة عن أبي يوسف، وفي المذهب أقوال غريبة، وقال اللكنوي: المريسى بفتح الميم وكسر الراء المهملة، نسبة إلى مَريس، قرية بمصر، كذا ذكر السمعاني، وقال: إليها ينسب بِشر المريسى، وأرّخ وفاته سنة ثمانية عشر.
ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ٣٧٠، «الطبقات السنية» برقم ٥٦٤، «الفوائد البهية» ص ٥٤، كتائب أعلام الأخيار برقم ١٠١، «تاريخ بغداد» ٧/ ٥٦، طبقات الفقهاء للشيرازي ١٣٨، العبر ١/ ٣٧٣، ميزان الاعتدال ١/ ٣٢٢، «الأنساب» ٥٢٣، معجم البلدان ٤/ ٥١٥.

(٣) وحكى الإمام السرخسي أن بِشر بن غياث المرِيسى رجع عن قوله، وأخذ بالاستحسان، ونقل فيه حكاية طريفة له، فانظر «المبسوط»: ١٩/ ٣٩.

(٤) يوضّحه السرخسي موجّها بأن الوكالة عقد مبني على التوسع، والجهالة في الصفة جهالة مستدركة، وذلك عفو في العقود المبنية على التوسع، وهذا لأن الوكالة لا يتعلق بها اللزوم والمقصود بها الرفق بالناس، وفي اشتراط بيان الوصف بعض الجرح فسقط اعتباره. «المبسوط»: ١٩/ ٣٩.

الوكالات تيسيرا للأمر على الوكلاء، ولا كذلك السلم؛ لأن مبناه على المماكَسَة[1] والمضايقة، فالجهالة فيه تفضي إلى المنازعة فتمنع الصحة.

وجهالة ملحقة بالجنس[2] والنوع[3]: وهي جهالة العبيد والإماء والدور، ولو وكّل إنسانا بشراء عبد أو جارية أو دار، إن سمّى الثمن يصح، وإلا فلا، لأن العبيد جنس واحد، وكذا الإماء والدور[4]، إلا أن التفاوت بين العبدين والجاريتين والدارين فاحش، فما يتفي من التركي لا يوجد في الهندي، لكن هذه جهالة تزول ببيان الثمن، فقلنا: إذا بيّن النوع فقال: "تركيًا أو هنديًا"، أو بيّن الثمن يصح، وإلا فلا.

وعن أبي يوسف: إن كان بما سمّى من الثمن يوجد من كل نوع، لا يصح إلا ببيان الصفة.

وأصل آخر: أن تقييد المطلق كما يجوز بدلالة اللفظ، يجوز بدلالة الحال والعرف[5].

---

(١) مكَسَ في البيع: نقص الثمنَ وماكسي ومماكسة مثله، والمماكسة في البيع: انتقاص الثمن واستحطاطه والمنابزة بين المتبايعين. المصباح المنير ٢/ ٥٧٧، لسان العرب مادة: مكس.

(٢) وفي (ج) و (د): "متوسطة بين الجنس".

(٣) سمّاها العتّابي "جهالة متوسطة": وهي الجهالة بين النوع والجنس. «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ٩٣.

(٤) انظر «المبسوط»: ١٩/ ٣٩،

(٥) جاء في قواعد المجلة: "المطلق يجري على اطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالةً"، المادة: ٦٤، «مجلة الأحكام العدلية»، وقاعدة أخرى عند الحصيري: "مطلق اللفظ محمول على المتعارف بين الناس في مخاطباتهم". «التحرير في شرح الجامع الكبير»، مخطوط، ورق ٥/

وفي الباب فصول ثلاثة: الوكالة، والبضاعة، والمضاربة.

أما الأول: قال محمد رحمه الله: رجل أمر رجلا أن يشتري له ثوبا أو دابة[1]، وسمّى الثمن أو لم يسمّ، فالوكالة باطلة[2] حتى لو اشترى الوكيل شيئا من ذلك كان مشتريا لنفسه، لأن الدابة أجناس مختلفة[3]، [وكذا الثوب][4].

ولهذا لو اشترى ثوبا على أنه هروي، فإذا هو مروي لا ينعقد العقد. وجهالة الجنس توجب الاختلاف في المقصود، وهذه جهالة لا يمكن رفعها بتسمّية الثمن، لأن بما سمّى من الثمن يوجد من كل نوع، ولا بالرجوع إلى حال الموكل، لأن الإنسان كما يشتري الثوب لنفسه يشتري لأهله ومماليكه، فكانت الجهالة مانعة من الامتثال، فتمنع التوكيل.

فرّق بين هذا وبين ما إذا أمر ببيع عَين من أعيان ماله، فإنه يجوز، وإن لم يبين جنس

١٠٨٤.

فالمطلق وإن كان عبارة عن الإذن بشيء وإطلاقه له، فإنه لا يجري على إطلاقه حينئذ، بل يعتبر بغير مظان التهمة ومواطن الخيانة، فإذا كان بمعزل عن التهمة والخيانة يجري علي إطلاقه، ولا يقيد بعد ذلك بأن يكون موافقاً للعرف والعادة عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه يقيد بأن يك موافقاً للعرف والعادة. انظر «تأسيس النظر» للدبوسي ص ٣٤. «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ١/ ٥٦، «شرح القواعد الفقهية» للشيخ أحمد الزرقاء.

(١) انظر تكملة «شرح فتح القدير»: ٨/ ٣٤.

(٢) انظر «المبسوط»: ١٩/ ٤٠.

(٣) لأن "الدابّة" اسم لما دبّ على وجه الأرض في الحقيقة، وهي أجناس مختلفة، كالخيل والبغال والحمير. «المبسوط»: ١٩/ ٤٠.

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

الثمن.

والفرق: أنّ المقصود من البيع التوسّل إلى الثمن، والثمن جنس واحد، فجهالته[1] لا توجب اختلافا في المقصود، إنما[2] المقصود من الشراء التوسل إلى العين لمنفعة تعلقت بالعين، والمنافع مختلفة اختلافا فاحشا، فكانت الجهالة مانعة من الامتثال.

ولو قال: "اشتر لي ثوبا هرويا أو مرويا"، صحت الوكالة، وإن لم يسمّ الثمن[3]، لأن بعد بيان الجنس لا يبقى[4] إلا جهالة الوصف، وإنها [جهالة][5] يسيرة لا توجب اختلافا في المقصود، ولا يشترط بيان الثمن لصحة الوكالة، لأن المعقود عليه لما صار معلوما، فبعد ذلك إن اشترى بمثل القيمة، أو بما يتغابن الناس فيه لزم الموكل، لتعذّر الاحتراز عن الغبن اليسير.

وإن اشترى بغبن فاحش يكون[6] مشتريا لنفسه[7]، لأن الوكيل بشراء شيء بغير عينه يملك الشراءَ لنفسه، فإذا كان الغبن فاحشا يحتمل أنه كان اشترى لنفسه، فإذا وجد فيه [عيبا][8] يظهر الشراء لموكله، فيكون متّهما في ذلك، فلا يقبل قوله، ولهذا قال أبو

---

(١) في (ا) و (ب): "فجهالة الثمن".

(٢) في (ا) و (ب): "أما المقصود"، وما ثبت أولى.

(٣) «المبسوط»: ١٩/ ٤٠.

(٤) وفي (ا) و (ج): "لا تبقى".

(٥) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(٦) في (ج) و (د): "يصير".

(٧) لأنه تعذّر تنفيذ شرائه على الآمر. انظر «المبسوط»: ١٩/ ٤٠.

(٨) المثبت بين المعكوفتين من (أ)، وجاء في الأصل، (ج): وجد فيه الغبن". وهو خطأ.

حنيفة: إنّ الوكيل بالبيع يملك البيعَ بما عزّ وهان، لأنه لا يملك البيع من نفسه، فلا يكون متهما.

ولو قال: "اشتر لي حمارا أو بغلا"، وسمّى الثمن، أو لم يسمّ صحت الوكالة[1]، لأن بعد بيان الجنس لا تبقى إلا جهالة يسيرة.

ولو قال: "اشتر لي عبدا"، ولم يسمّ الثمن، لا تصح الوكالة[2]؛ لما قلنا في أصل الباب.

فإن قيل: العبد عند السكوت عن الثمن، ينبغي أن يكون بمنزلة الثوب الهروي، لا بمنزلة الثوب المطلق، لأن الثوب أجناس مختلفة، أما العبد جنس واحد. ألا ترى أنه لو تزوج امرأة على ثوب، لا تصح التسمّية[3]، وكان لها مهر المثل، ولو تزوج امرأة على عبد تصح التسمّية، ويكون لها الوسط، كما لو تزوج امرأة على ثوب هروي.

قلنا: العبد جنس واحد بحكم اتحاد أصل المنفعة، ولكثرة التفاوت بينهم في المنفعة أجناس مختلفة، فجعل جنسا واحدا عند المقابلة بما ليس بمال، ولهذا يجب دَينا في الذمة

---

(١) لأن الجنس صار معلوما بالتسمية، وإن بقيت الجهالة في الوصف فصحّت الوكالة بدون تسمية الثمن، فإن قيل: الحمير أنواع، منها ما يصلح لركوب العظماء، ومنها مالايصلح إلا للحمل عليها؟ أجاب عنه السرخسي بأن هذا اختلاف الوصف، مع أن ذلك يصير معلوما بمعرفة حال المؤكل، فإذا كان القاضي أمر إنسانا بإن يشتري له حمارا فإنه ينصرف إلى ما يركبه مثله، حتى لو اشتراه مقطوع الذنب فإنه لايجوز عليه. «المبسوط» ١٩/ ٤٠.

(٢) انظر «المبسوط»: ١٩/ ٤٠.

(٣) انظر «فتح القدير»: ٨/ ٣٤.

بدلا عما [هو][1] ليس بمال [كما][2] في الدية والغرة ونحوهما، وجعل ملحقا بالأجناس المختلفة في مبادلة المال بالمال، حتى لا يجب دينا في الذمة بدلا عمّا هو مال.

وفي التوكيل بشراء العبد يقابل بالمال، وهو الثمن، فكان ملحقا بالأجناس المختلفة، فشرطنا تسمية الثمن لصحة الوكالة حتى تقل الجهالة، وتكون تسمية الثمن بمنزلة بيان النوع والصفة.

ولو قال: "اشتر لي الثياب أو الدواب"[3]، يصح[4] وإن لم يبيّن الثمن، لأنه للجنس والتعميم، فإن "الثياب" و"الدواب" جَمْع الجمع[5]، فكان للجنس، والكل ليس

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (أ).

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (أ).

(٣) كانت العبارة في الأصل وفي (ج) و (د): "ولو قال اشتر لي الثياب أو ثيابا أو الدواب يصح"، وزاد عليه في (ا) و (ب): "أو الدواب أو دوابا"، والظاهر أنه خطأ من النساخ، والصواب ما أثبتناه، كما يتضح من خلال كلام الشارح وتوجيهه، وما نقله السرخسي في أصوله محيلا إلى الزيادت، وما يأتي في الفقرة التالية، فليتأمل.

(٤) لقد أشار إليه الإمام السرخسي في بحث ألفاظ العموم والنكرة من أصوله محيلا إلى «الزيادات»فقال: وعلى هذا قال في «الزيادات»: لو وكّل وكيلا بشراء الثياب، يصح التوكيل بدون بيان الجنس، لأن عند ذكر الألف واللام يصير هذا بمعنى الجنس، فيتناول الأدنى، بخلاف ما لوقال: ثيابا أو أثوابا فإن التوكيل لايصح. «أصول السرخسي» ١/ ١٦١.

(٥) قوله: "إن "الثياب" و"الدواب" جَمْع الجمع"، لايخلوا من نظر، فأما الدوابّ فهو صحيح، لأنه على صيغة جمع الجمع، وهو «فواعل»، أما «الثياب» فلم أقف على مرجع أثبت كونه جمعَ الجمع، لأن جمع الجمع يأتي إما على وزن مفاعل، أو مفاعيل، أو فواعل، أو فواعيل، وليس الثياب على واحد من هذه الصيغ، بل هو جمع كثرة، كما صرّح به الشارح نفسه فيما يأتي قريبا.

بمراد؛ لأن الواحد لا يتهيأ له شراء الكل، ولا يجد ثمنهم، فكان المراد هو التعميم كما في قوله[1]: "والله لا أتزوج النساء"، وما أشبه ذلك، فصار كأنه قال: "اشتر لي أيّ ثوب شئت"، أو "اشتر لي ما بدا لك من الثياب"، ولو صرح بذلك كان جائزا.

ولو قال: "اشتر لي أثوابا" لم يصح[2]، وكذا إذا بيّن الثمن، لأنه اسم الجمع، والعدد المحصور دون الجنس، لأن ما يكون على وزن "فَعْلٌ" وثانيه واو، فله جمعان: الجمع القليل يكون على "أفعال"، والكثير يكون على وزن "فِعَال"[3]، يقال: ثوب وأثواب وثِياب، وسَوط وأسواط وسِياط، وحوض وأحواض وحِياض.

وكل اسم على وزن "فعْل" وثانيه ياء، فله جمعان: الجمع القليل يكون على وزن "أفعال"، والجمع الكثير يكون على وزن "فُعُول"[4]، يقال: شيخ وأشياخ وشُيوخ، وقيد وأقياد وقيود، وبيت وأبيات وبيوت.

فالأثواب أقلّ الجمع، وهو عدد محصور، ولهذا يصح قران العدد به، يقال[5]: "ثلاثة أثواب" و"أربعة أثواب"، ولا يصح قِران العدد بالثياب، لا يقال: "ثلاثة ثياب"،

وانظر «كشف الأسرار» للبخاري، شرح أصول البزدوي، ٢/ ٢.

(١) في (ا) و (ب): "كما لو قال".

(٢) وكذا إذا قال: "اشتر لي ثيابا" فإن التوكيل لايكون صحيحا لجهالة الجنس فيما يتناوله التوكيل. انظر «أصول السرخسي» ١/ ١٦١.

(٣) ينظر: «كشف الأسرار» ٢/ ١، و«شرح ابن عقيل» لألفية ابن مالك (وعليه أضواء على الشرح من مجموعة الأساتذة) ٢/ ٣٦٩ وما بعدها. طبعة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

(٤) المرجع السابق.

(٥) في (ج) و (د): "نقول" وما ثبت من الأصل، و(ا) و (ب).

ويقال: "هذه الأثواب من ثياب فلان". إذا ثبت أن الأثواب لا يتناول الجنس كان مجهولا.

ولو أمره بشراء ثوب واحد، وبيّن الثمن لا يصح، فإذا أمره بما زاد على الواحد دون الجنس، والجهالة به أكثر كان أولى.

ولو قال: "اشتر لي الدواب" صح، لأن منكره لما كان للجنس فمعرفته أولى[1].

ولو قال: "اشتر لي الأثواب"، لم يذكر في الكتاب، واختلفوا [فيه][2]، قال بعضهم: يصح، وهو الصحيح، لأن اللام إذا دخل على المفرد يجعله للجنس[3]، فما ظنك في الجمع.

ولو قال: "اشتر لي أيّ ثوب شئت" يصح، لأن "أيّا" إذا أضيف إلى النكرة[4] يراد بها[5] التعميم[6]، وكذا لو قال: "اشتر لي أيّ الثياب شئت"، أو "أيّ دابة شئت"، أو

---

(١) هذه الفقرة كلها سقطت من (ج) و (د)، وثبتت في الأصل و (ا).

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(٣) راجع ما نقلناه من «أصول السرخسي» ١/ ١٦١، وينظر «كشف الأسرار» ٢/ ١٣، و«رصف المباني في شرح حروف المعاني» للإمام أحمد بن عبد النور المالقي، تحقيق الدكتور أحمد الخرّاط، ص ١٦٤. و«الجنى الداني في حروف المعاني» تأليف: حسن بن قاسم المرادي المتوفي ٧٤٩هـ تحقيق: طه محسن، ص ٢١٧، طبعة جامعة بغداد.

(٤) في (ج) و (د): "الكثرة"، وهو تصحيف.

(٥) "بها" ساقط من (ج) و (د).

(٦) كذا فصّله السرخسي في أصوله، واستشهد له، وفرّع عليه، راجع «أصول السرخسي» ١/ ١٦١-١٦٢.

"أيّ ثلاثة أثواب شئت"، لأنه للتعميم.

وأما فصل البضاعة:

رجل دفع إلى غيره ألف درهم، وقال: خذها بضاعة، واشتر لي بها ثوبا، أو قال: أثوابا، أو قال: ثلاثة أثواب، أو قال: شيئا، كان جائزا، لأن البضاعة تدل على التعميم، فإنها مأخوذة من البضع، وهو القطع، كأنه قال: قطعت رأيي عن التصرف في هذا المال، وفوّضت [الأمر][1] إليك إلا أنه لا يملك الشراءَ بغبن فاحش، لأنه لا يريد ذلك عرفا.

ولو ذكر مكان البضاعة مضاربة، وهو الفصل الثالث، فكذلك؛ لأن مبنى المضاربة على التعميم[2]، ولهذا لو اختلف رب المال مع المضارب، فقال رب المال: دفعت إليك مضاربة في كذا، وقال المضارب: ما سمّيت لي تجارة، كان القول قول المضارب[3]،

وذكر ذلك ابن الشجري في أيّ الاستفهامية إذا أضيفت للنكرة، وساق أمثلة لذلك ثم قال: "وإذا أضيفت [يعني أيا] إلى النكرة فإنها تكون سؤالا عن الصفة وتكون بعدد النكرة كلها... وأما في النكرة فإنها سؤال عن الكل، لأن التنكير يقتضي العموم". «أمالي ابن الشجري» لهبة الله بن عليّ بن محمد بن حمزة الحسني، ٤٥٠هـ - ٥٤٢هـ تحقيق الدكتور محمود محمد الطناجي ٣/ ٤٠، مكتبة الخانجي القاهرة، الطبعة الأولى.

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(٢) انظر «القول الحسن في جواب القول لمن» ص: ١٨٣.

(٣) ذكره مؤلف «القول الحسن» نقلاً عن مختصر المحيط فقال: اختلفا في العموم فقال رب المال دفعت لك مضاربة في الطعام خاصة، وقال العامل: ما سميت لي تجارة بعينها فإن كان قبل التصرف لا يكون للمضارب التصرف في العموم، وإن اختلفا بعد التصرف فالقول للعامل استحسانا، ولرب المال قياسا وهو قول زفر والحسن...». «القول الحسن» ص ١٨٢.

فكانت المضاربة بمنزلة البضاعة، وإنما[1] يفترقان من وجهين:

أحدهما: أنّ في البضاعة لا يستحق المأمور على الآمر شيئا، وفي المضاربة يستحق أجر المثل، لأن المضارب لا يعمل مجّانا، بل يبتغي المال بعمله، فإذا لم ينل المال عند فساد المضاربة بأن كان رأس المال ثوبا، أو [كان][2] رأس المال دراهم، ولم يبين حصته من الربح، فقال: هذه الألف مضاربة[3]، فباع، واشترى، كان له أجر المثل.

أما المستبضع لا يبتغي بعمله مالاً لنفسه، فلا يستحق شيئا على الآمر، وهو نظير ما لو قال لغيره: ملّكتك هذه العين، ولم يسمّ ثمنا، كانت هبة، ولو قال: بعتك هذه العين، ولم يسمّ ثمنا كان بيعا فاسدا، إذا قبضه يكون مضمونا عليه بالقيمة.

والثاني: أن المضارب يملك بيع ما اشترى، والمستبضع لا يملك؛ لأن المضاربة وضعت للاسترباح، وذلك لا يحصل إلا بالبيع والشراء، أما البضاعة قد تكون للتجارة، وقد تكون للانتفاع بالعين؛ فلا يملك البيع إلا بالتنصيص، حتى لو قال: "خذ هذه الألف، أو هذه الدراهم بضاعة، فاشتر لي بها وبع لعلّ الله يرزقني من ذلك رزقا"، كان له أن يشتري بها، ويبيع لمكان التنصيص.

ولو دفع إليه ألف درهم، ولم يسمّ بضاعة ولا مضاربة، لكن قال: "خذ هذه الألف، فاشتر لي بها الأشياء"، جاز[4]؛ لأن "الأشياء" جمع معرّف، وهو أعم[5] من

---

(١) في (ا) و (ب): "إلا إنما".

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ج).

(٣) العبارة في (ا) و (ب): "فقال: خذ هذه الألف مضاربة فأخذها فباع".

(٤) انظر «الفتاوى الهندية»: ١٨٦/٤.

(٥) في (ج) و (د): "وهم أعم".

الدواب والثياب.

ولو قال: خذ هذه الألف، واشتر لي بها شيئا، لا يجوز؛ لأنه ليس في لفظه ما يدل على التعميم فكان مجهولا.

وكذا لو لم يدفع إليه مالا، ولكن[1] قال: اشتر لي بألف درهم شيئا، لا يصح التوكيل، ولو قال: اشتر لي الأشياء بألف درهم، جاز؛ لأنه استقرض منه ألفا، وأمره بالشراء بها، فصار كما لو دفع إليه ألفا ثم أمره بالشراء بها.

ولو قال: "اجعل لي من مالك بضاعة ألف درهم، فاشتر لي بها ثوبا"، جاز[2] لما ذكرنا أنّ لفظة "البضاعة" تدل على التعميم، فيصير مستقرضا منه ألفا، و[3]يصير البائع من المأمور قابضا للآمر أولا بحكم القرض، ثم يصير قابضا لنفسه.

ولو قال لغيره: خذ هذه الألف بضاعةً، كان أمرا بالشراء بها ما شاء، ولو قال: خذ هذا الثوب بضاعة، جاز، ويكون أمرا بالبيع، لأن الأمر بالتصرف في المدفوع ينصرف إلى المعتاد، والمعتاد من التصرف في الدراهم الشراء بها، والمعتاد في الأعيان البيع، فينصرف البيع المطلق[4] إلى ذلك.

رجل قال لغيره: إني أريد الخروج إلى الرَّي؛ لأشتري بها الرقيق والطيالسة، فقال السامع: خذ هذه الألف بضاعة لي، أو قال: اجعل لي من مالك بضاعة لي ألف درهم، كان جائزا، وينصرف إلى المذكور، فيصير مأذونا في شراء الرقيق والطيالسة، لأنه بنى

---

(١) "لكن": ساقط من (ا) و(ب).

(٢) انظر «المبسوط»: ١٠/ ٤٦، و«بدائع الصنائع»: ٦/ ٢٣.

(٣) في (ا): "ثم يصير البائع".

(٤) في (ا) و(ج): "فينصرف المطلق".

كلامه على ما تقدم، فيتقيّد به.

ولو قال: إني أريد الخروج إلى الرَّي، فقال له السامع: إني أريد أن أبعث معك إلى فلان ألف درهم، فخذ هذه الألف بضاعة، كان رسولا، لأن قوله: "فخذ هذه الألف بضاعة"، بناء كلامه[1] على ما تقدم، وهو قوله: [إني أريد][2] أن أبعث معك إلى فلان ألف درهم، فيتقيد به، ولو قال له ابتداء: خذ هذه الألف بضاعة إلى فلان، كان رسولا[3]، فكذلك [هنا][4].

ولو لم يكن بينهما كلام، فقال: خذ هذه الألف بضاعة، كان مأذونا في التصرف بها إذ ليس في كلامه ما يدل على كونه رسولا.

وكذا لو قال لغيره: إني أريد أن أشتري الطيالسة، [فقال: خذ هذه الألف][5] بضاعة، يتقيد بالطيالسة، ويحمل كلامه على ما تقدم.

ولو قال من غير سابقة: "خذ هذه الألف بضاعة"، كان مفوّضا إلى رأيه، لأن البضاعة تقتضي التعميم، ولم يوجد ما يقتضي التقييد[6]، بيَّن بهذه المسائل أنَّ المطلق يتقيد[7] بالدليل[8].

---

(١) "كلامه": ساقط من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ج).

(٣) انظر «بدائع الصنائع»: ٦/ ٢٣.

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ج).

(٥) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(٦) كذا في (ج) و (د)، وجاء في الأصل و(ا): "ما يوجد التقييد".

(٧) في (ا): "مقيد".

ولو قال: خذ هذه الألف بضاعة في حوائجي، كان باطلا؛ لأنه خصّ البضاعةَ بما يحتاج إليه، وإنها مجهولة، فصار كأنه قال: خذ هذه الألف فيما أشاء أو أريد.

ولو قال: خذ هذ الألف بضاعة في الثياب، أو قال: في الرقيق، فاشترى المستبضع ذلك بجميع المال، وحمله إلى الآمر بمال نفسه من مصر إلى مصر، كان متطوعا لا يرجع بذلك على الآمر[1]، لأن صاحب المال سلّطه على التصرف في هذا المال خاصّة، فإذا حمل من مال نفسه لو رجع بذلك[2]، كان ذلك استدانة عليه من غير أمره.

فرّق بين هذا وبين الوكيل بالشراء، إذا اشترى في المصر ما له حمل ومؤنة بمال نفسه إلى منزل الآمر، فإنه لا يكون متطوعا استحسانا.

والفرق من وجهين: أحدهما: أنّ ذلك متعارف فكان مأذونا فيه دلالة، والثاني: أنّ الكراء في المصر يقل، ومن مصر إلى مصر يكثر، فيلحقه بذلك كثير ضرر، وهو نظير ما لو اشترى حطبا خارج المصر لم يكن عليه أن يحمله إلى منزل المشتري، ولو اشترى في المصر كان عليه أن يحمله إلى منزل المشتري استحسانا.

ولو أن المستبضع اشترى ببعض المال ما أمره به[3]، وحمله ببقية المال إلى الآمر جاز، وكذا لو اشترى ببعض المال ما أخر به وأنفق[4] الباقي عليهم جاز، لأنه ليس فيه استدانة على رب المال.

---

(٨) انظر «بدائع الصنائع»: ٦/ ٢٥.

(١) انظر: «بدائع الصنائع»: ٦/ ٢٥.

(٢) "عليه" ساقط من الأصل، ومن (ج) و (د).

(٣) "به": ساقط من (ج) و (د).

(٤) كذا في الأصل وجاء في (ا) و (ج): "ببعض المال الرقيق، وأنفق".

ولا يقال بأن البضاعة تقيّدت بالرقيق، فينبغي أن لا يملك شراء الطعام والكسوة لهم واستئجار الدواب لحملهم، لأنا نقول: هذا من ضرورات ذلك، ومما لا بدّ منه، فكان مأذونا فيه عرفا.

ولو اشترى المستبضع ببعض المال ما أمره، واستبقى البعض لأجل النفقة والحمل، فمات صاحب المال قبل أن ينفق، ثم أنفق أو اكترى، إن علم بموته كان ضامنا لذلك؛ لأنه انعزل بالموت، وإن لم يعلم بموته القياس أن يضمن[1]، لأنه عزل حكمي فلا يفتقر إلى العلم.

وفي الاستحسان: لا يضمن، لأنه لو صار ضامنا يصير مغرورا.

ولو أن المستبضع لم يشتر بالمال شيئا فمات رب المال، ثم اشترى به ما أمره، كان ضامنا للمال، علم بالموت أو لم يعلم.

في القياس سوّى بين هذا وبين ما تقدم، وجعله ضامنا في المسألتين. وفي الاستحـ ـان فرق، ولم يجعله ضامنا ثمة، وجعله ضامنا هنا.

والفرق أن فيما تقدم لو صار ضامنا لما أنفق يهلك عليه ماله بغير عوض، أما هنا يصير ضامنا بعوض، وهو المشتري، فلا يلحقه كثير ضرر.

ولو كان مكان البضاعة مضاربة، فإن لم يشتر بالمال شيئا حتى مات رب المال تبطل المضاربة، حتى لو اشترى بالمال شيئا كان ضامنا، علم بموت رب المال أو لم يعلم؛ لما قلنا في البضاعة.

ولو اشترى ببعض المال رقيقا قبل موته، وأنفق الباقي عليهم أو في كرائهم بعد الموت، لا يضمن، علم بالموت أو لم يعلم.

---

(١) في (ج) و (د): "القياس أن لا يضمن" وهو خطأ.

فرّق بين هذا وبين البضاعة، والفرق أن العزل بالموت لا يكون فوق العزل قصدا، ولو أنّ رب المال نهاه عن الإنفاق بعد ما اشترى ببعض المال، لا يصح نهيه في المضاربة، فلا يعمل موته.

وفي البضاعة لو كتب إليه، ونهاه عن الإنفاق يصح نهيه، فيعمل موته، والمعنى فيه أن للمضارب حق أن يبيع ليربح، وذاك لا يحصل إلا بالإنفاق، فلا يعمل نهيه صيانةً لحقه، ولا حق للمستبضع.

ولو علم بموت صاحبها، أو بلغه النهي عن الإنفاق، وخاف الهلاك على الرقيق، فرفع الأمر إلى القاضي، وقصّ عليه القصة، فالقاضي يسأله البينة لاحتمال أنه كان غاصبا، ويريد أن يأمره القاضي بالبيع ليخرج عن الضمان، فالقاضي[1] يسأله البينة دفعا للتزوير والاحتيال فإن أقام البينة، ورأى القاضي أن يأمره بالنفقة ليرجع، فعَل.

وكذا لو رأى المصلحة في البيع، لأن القاضي نصب ناظرا للمسلمين، فيفعل ما كان أنظر، كما في الآبق، واللقطة، والوديعة، فإن لم يقم البينة على ذلك لا يأمره بشيء لما قلنا.

وإن رأى القاضي أن يكتب أن فلانا أخبرني بكذا، وإني أمرته بالبيع أو النفقة ليرجع، إن كان صادقا، ويشهد على ذلك جاز؛ لأنه قيّد الأمر بكونه صادقا، فتبطل التهمة، وإن لم يكن هناك حاكم ينفق عليهم؛ لأنه مأمور بالحفظ، وفي الوقف على أمر الحاكم يضيع.

ولو دفع ألفا إلى رجل، وقال: "اشتر لي بها وبع"، أو قال: "اشتر بها وبع"، ولم

---

(١) قوله: "فالقاضي" ساقط من (ج) و (د).

يقل: لي، كان توكيلا جائزا[1]، وله أن يشتري ما بدا له، ويبيع، لأنه فوّض الأمر إليه على وجه التعميم، كأنه قال: "اشتر ما بدا لك".

وفي الوكالة لا فرق بين أن يضيف الفعلَ إلى نفسه، فيقول: "اشتر لي"، وبين أن يضيف إلى مال نفسه، فيقول: "اشتر جارية بهذا المال"، أو يقول: "اشتر جارية بألف من مالي"، وتكون الإضافة إلى ماله بمنزلة الإضافة إلى مال[2] نفسه، لأن الظاهر أن الإنسان إنما يرضى بالتصرف في مال نفسه، بأن يكون البدل له لا لغيره.

ولهذا لو دفع إلى رجل ألفا[3]، وأمره أن يشتري له بها جارية، فاشترى المأمور جارية، ثم اختلفا، فقال الوكيل: "اشتريتها لنفسي"، وقال الموكل: "اشتَريتها لي"، إن كان الوكيل أضاف العقد إلى مال الموكل، كانت الجارية للموكل.

ولو قال: "اشتر جارية فلان بأجر كذا"، كان توكيلا بأجر، لأن التزام الأجر دليل على التوكيل، والعمل له، فإن اشترى الوكيل لا يستوجب الأجر المسمّى، لأنه استأجره لعمل مجـ ـل لا يتم به وحده، فكانت الإجارة فاسدة، فيجب أجر المثل، ولا يزاد على المسمّى، لأن العامل رضي بالنقصان.

ولو قال: "اشتر جارية بألف درهم"، أو "هذه الجارية بألف"، أو "جارية فلان بألف درهم"[4]، فاشترى كان مشتريا لنفسه[5]، لأنه ليس في لفظه ما يدل على التوكيل،

(١) انظر «بدائع الصنائع»: ٦/ ٢٥.

(٢) "مال": ساقط من الأصل، ومن (ج) و (د): وثبت في (ا) و (ب).

(٣) في (ا): "لو دفع ألفاً إلى رجل".

(٤) "درهم" ساقط من الأصل، ومن (ج) و (د): وأثبت من (ا) و (ب).

(٥) انظر «بدائع الصنائع»: ٦/ ٢٥.

فلا يجعل توكيلا، ويحمل على المشورة.

ولو قال: "أبضعتك لتشتري [جارية][1]"، أو قال: "هذه الجارية بألف درهم" أو "جارية فلان"، كان توكيلا؛ لأن المستبضع من يعمل بغيره، فكان هذا والتوكيل سواء.

ولو دفع ألفا إلى رجل، وقال: اشتريها[2]، القياس أن لا يصح، وما اشترى يكون للمأمور؛ لأنه مجهول، وفي الاستحسان يصح، وما اشترى يكون للآمر، لأن الإطلاق تفويض وتعميم[3]، كأنه قال: "اشتر ما بدا لك"، أو قال: "سلّطتك على الشراء بها".

ولو قال: اشتر لي بها شيئا لا يصح، وما اشترى يكون للمأمور، لأنه لو قال: "اشتر لي بها ثوبا" لا يصح، فهذا أولى، بخلاف قوله: اشتريها.

ثم سأل في الكتاب على نفسه سؤالا فقال: [لو قال][4]: "اشتريها"، يجوز؟ ولا فرق بين هذا وبين قوله: "اشتر لي بها شيئا"، ثم أجاب عن هذا فقال: قوله: "شيئا"، نكرة في موضع الإثبات فيخصّ، والتخصيص يمنع التعميم، أما المطلق فليس فيه ما يوجب التخصيص، فيكون للتعميم.

ثم ذكر القياس والاستحسان هاهنا، ولم يذكر في قوله: "اشتر لي بها وبع"، وقال: يجوز، من المشايخ من قال: لا فرق بينهما، والقياس والاستحسان ثابت في المسألتين [جميعا][5]، ومنهم من قال: القياس والاستحسان في هذه المسألة خاصة، لأن

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(٢) زاد في الأصل هنا: "ولم يشتريها" وهو غير صحيح.

(٣) انظر «القول الحسن في جواب القول لمن» ص: ١٨٣ .

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٥) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

ثمّة وجد ما يدل على التعميم، وهو الأمر بالبيع والشراء، وهاهنا لم يوجد.

ثم استشهد رحمه الله لإيضاح الفرق بين قوله: "اشتر لي بها شيئا"، وبين قوله: "اشتر لي بهذه الألف"، على جواب الاستحسان، فقال:

ألا ترى أنه لو [قال][1]: "اشتر لي بهذه الألف شيئا بيني وبينك"، كان باطلا، ولو قال: "اشتر لي بهذه الألف بيني وبينك" كان جائزا، وكذا لو قال: "خذ هذه الألف فاشتر بها بالنصف أو بالثلث"، جاز، ويكون تعميما.

ولو أتى سمسارا بمال، وقال: اشتر لي بها، فإن كان سمسارا في شيء خاص كالثياب والطعام يتقيد بذلك، ولو اشترى شيئا آخر لا يكون للآمر، والقياس على ذلك، الاستحسان أن لا يتقيد، ويشتري كل ما بدا له، وفي الاستحسان يتقيد بما هو سمسار فيه بحكم العادة، فهذا استحسان من قياس.

ولو دفع خمسين درهما إلى رجل، وقال: اشتر لي بها أدنى شيء، فالقياس أن لا يصح[2]؛ لأنه مجهول جهالة فاحشة، وفي الاستحسان يجوز، ويشتري ما بدا له، لأن معناه: أدنى ما يتيسّر عليك أو تجده[3]، فيكون تفويضا على وجه التعميم احترازا عن التضييق على الوكيل.

ـ والله أعلم.

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(٢) كذا ثبت في (ا) و (ب)، وفي الأصل و (ج) و (د): "في القياس لا يصح".

(٣) في (ا) و (ب): "وتجده".

باب من الوكالة التى يعطيها صاحبها على التصديق أو على التكذيب أو بغير تصديق ولا تكذيب وما يضمن من ذلك وما لا يضمن

بنى الباب على أصول عرفت غير مرة:

منها: أنّ إقرار الإنسان على نفسه حجّة، وعلى غيره ليس بحجة[1]، لأن الإقرار على الغير شهادة، وشهادة الفرد لا تقبل [في الأموال][2]، فالإقرار أولى.

ومنها: أن قول المتناقض، وسعي الإنسان في نقض ما تمّ به مردود إلا إذا وافقه الخصم.

ومنها: أن مَن دفع مالا إلى غيره على ظن أن يكون حقا، لا يكون له ولاية الاسترداد ما لم يخرج من أن يصير حقا[3].

---

(١) انظر «المبسوط»: ١/ ٤٩، و«بدائع الصنائع»: ٦/ ٥، والاشباه لابن نجيم: ٣٠٢، و«حاشية الدسوقي»: ٣/ ٥٣٨، و«المبدع»: ٤/ ٢٢٥، و«المغني»: ٤/ ٤٠٥، وقد مرّت هذه القاعدة في الكتاب في ص: ٥٥٥.

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب)، وجاء في (ج) و (د): "شهادة الفرد في الأموال لا تقبل".

(٣) يؤيد هذا الضابط ما ذكره السرخسي: إذا ادعى الرجل أن فلاناً وكله بقبض دين له على هذا فلم يقر الغريم به، ودفع المال إليه على الانكار، ثم أراد أن يسترده منه، لم يكن له ذلك، لأنه دفع إليه على وجه القضاء. انظر «المبسوط»: ١٠/ ٧٦.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: رجل له دين على رجل[١]، فغاب الطالب، وجاء رجل إلى المديون، وقال: إنّ صاحب المال وكّلني بقبض دينه منك، وصدّقه المديون في ذلك، وامتنع عن القضاء[٢]، يجبر[٣] على القضاء.

فرّق بين هذا وبين ما لو كان المال وديعة، جاء رجل، وادّعى أنه وكيل صاحب الوديعة[٤] بقبضها، أو مات صاحب الوديعة، وادّعى أنه وصية، وصدّقه المودع، فإنه لا يؤمر بتسليم الوديعة إليه[٥].

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجبر، لأن المودَع لما[٦] صدّقه في ذلك، فقد أقرّ أنه أحقّ بحفظ العين، وإمساكه من المودع، فيؤمر بالتسليم إليه.

ووجه[٧] الفرق على ظاهر الرواية أن المديون يقضى الدين من مال نفسه، فإذا صدّقه في الوكالة، فقد أقرّ على نفسه بوجوب قضاء الدين إليه من مال نفسه، فصح إقراره، أما الوديعة مال الغير، فتصديق المودع إقرار بحق قبض مال الغير للمدعي، فلم يصح إقراره على صاحب الوديعة.

هذا إذا صدّقه في الوكالة، وإن كذّبه في الوكالة، أو سكت، ولم يصدّقه، ولم

---

(١) زاد في (ا) هنا: "ألف".

(٢) أي أداء الدين.

(٣) في (ج) و (د): "أجبر".

(٤) في (ا) و (ب): "صاحب المال".

(٥) انظر «المبسوط»: ١٠/٨٦.

(٦) في (ج) و (د): "إذا صدّقه".

(٧) في (ج) و (د): "والفرق".

يكذّبه [لا تثبت الوكالة][1] لا يؤمر بقضاء الدين إلى المدّعي[2]، لأن الوكالة لم تثبت، [فلا يؤمر بقضاء الدين إلى المدعي][3]، فإن أعطاه المال مع ذلك ثم أراد أن يستردّ، لم يكن له ذلك؛ لأن احتمال الصدق في كلام المدعي ثابت، وعلى اعتبار الصدق يصير المقبوض ملكا للغائب، وعلى اعتبار الكذب في كلام المدعي يثبت للغائب حق الإجازة، فلا يكون له حق الاسترداد ونقض القبض.

فإن حضر الغائب بعد ذلك إن صدّقه في الوكالة، برئ الغريم؛ لأنه أقرّ على نفسه بالاستيفاء، وإقراره حجّة عليه، ويأخذ المال من الوكيل إن كان قائما.

وإن ادّعى الوكيل هلاك المقبوض أو الدفع إلى الموكل، في هذا الوجه كان القول قوله؛ لأنه أمين، فإن أنكر صاحب المال الوكالة، كان القول قوله؛ لأنه أنكر استيفاء الدين.

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٢) لقد أجاد الإمام الطحاوي - رحمه الله - في تلخيص هذه المسألة فقال: قال أصحابنا إذا أدعى رجل أن المودع وكله بقبض الوديعة فهو على أربعة أوجه:

١ - إن كذبه ودفعها ثم جاء المودع، وأنكر التوكيل ضمن المودع ورجع به على الوكيل.

٢ - وكذلك إن لم يصدقه ولم يكذبه.

٣ - وكذلك أن صدقه وضَمَّنه، وإن صدقه ولم يضمّنه لم يرجع به على مدعى الوكالة.

٤ - وكذلك مدّعى الوكالة بقبض الدين.

وقال أصحابنا: إذا ادعى الوكالة بقبض الدين، وصدقه الغريم فإنه يجبره على تسليمه إليه. انظر «مختصر اختلاف العلماء»: ٤/ ١٩٣.

(٣) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

فإن كان المقبوض قائما في يد الوكيل، فلصاحب المال الخيار، إن شاء أجاز قبضه، وأخذ المقبوض، وإن شاء لم يُجز، ورجع على الغريم، لأنه لما أنكر الوكالة بقي القابض فضوليا في حقه، فكان له أن يجيز قبضه، فإن لم يجز قبضه، وأخذ الدين من الغريم، كان للغريم أن يستردّ المقبوض من الوكيل، سواء صدّقه الغريم في الوكالة، ودفع المال إليه، أو كذّبه في الوكالة(١)، أو سكت، ولم يصدِّقه، ولم يكذِّبه، ودفع المال(٢).

أما في التكذيب والسكوت، فلأنه دفع مال نفسه إلى القابض رجاء أن يسلّم له ما في ذمته بإجازة الغائب ونحوه(٣)، فإذا لم يسلم له ما في ذمته كان له أن يرجع عليه، وأما إذا صدّقه في الوكالة، ودفع المال [إليه](٤)، فلأن الغريم مع الوكيل تصادقا أنّ الطالب أخذ المال من المديون ظلما، وما في يد الوكيل ملك الطالب، فإذا ظفر الغريم بجنس حقه من مال الطالب كان له أن يأخذه.

هذا إذا كان المقبوض قائما في يد القابض، فإن كان القابض يزعم أنّ المال قد هلك، أو يزعم أنه دفع المال إلى صاحب المال، وصاحب المال ينكر، فإنّ صاحب المال يرجع على الغريم بدينه، لأن الاستيفاء لم يثبت، وليس له أن يضمن القابض.

أما ليس له أن يضمن القابض، لأن الطالب يزعم أنّ القابض قبض من المديون بغير حق، وصار ضامنا للغريم، [فيكون](٥) القابض مديون مديونه، وليس للطالب أن يرجع

(١) قوله: "في الوكالة" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في الأصل من (ا) و (ب).

(٢) انظر «مختصر اختلاف العلماء»: ٤/ ١٩٣.

(٣) قوله: "ونحوه": ساقط من (ج) و (د).

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د)، ومن النسخ الأخرى.

(٥) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

على مديون مديونه.

ولا يقال: يجيز قبضه فيضمنه، لأنا نقول: الإجازة إنما تعمل حال قيام المقبوض لا بعد هلاكه، ولأن الإجازة لو صحّت يصير أمينا، وهلاك الأمانة في يد الأمين لا يوجب الضمان[1]، فلا يرجع الطالب على القابض، لكن يرجع على الغريم لأن البراءة لم تثبت.

فإن أراد الرجوع عليه، وطلب الغريم يمينَ الطالب: بالله ما وكل القابض، فإن القاضي يقول له: أتُصدِّق الوكيل فيما ادّعى من الوكالة أو تكذِّبه؟ ولا يحلفه قبل السؤال لوجهين:

أحدهما: أنّ الاستحلاف لا يكون إلا بعد الدعوى، وهو إلى الآن كان مكذِّبا أو ساكتا، وبدون [الدعوى][2] لا يستحلف في حقوق العباد.

والثاني: أنه لو حلّفه من غير أن يصدِّقه في الوكالة يحلف ثانيا، لأن الوكيل [يحلفه][3] عند رجوع الوكيل على الموكل[4] في الآخرة على ما نذكر، فيؤدي إلى تكرار

(١) الامانة لغة مصدر بمعنى كون الإنسان أمينا، وفي اصطلاح الفقهاء، هي الشيء الموجود عند من اتخذ أميناً يعني المال، انظر «درر الحكام الكتاب السادس» ص: ١٩٤.
وقد جاء ذكر هذه القاعدة في الدرر وهي الامانة غير مضمونة، انظر: «درر الحكام» الكتاب السادس ص: ٢٠٢.
كما ذكر ابن عبدالبر - رحمه الله - هذه القاعدة في التمهيد انظر: ٦/ ٤٣٩.

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ج)

(٣) ما أثبتناه بين المعكوفتين من (ا) و (ج)، والعبارة في الأصل: "لأن الوكيل وبخصومته عند رجوع الوكيل". وما أثبت أصح.

(٤) كذا في الأصل، وفي (ا): "عند رجوع الغريم على الوكيل".

اليمين في خصومة واحدة، وذلك باطل، فلا يحلفه قبل السؤال عنه.

فإن قيل: لو ادّعى الغريم الوكالة بعد ما كذّبه في الوكالة، يكون متناقضا، فكيف تسمع دعواه؟.

قلنا: إنما جحد الوكالة أوّلا؛ لأنه ما كان يعلم بالوكالة، فإذا علم ادّعى؛ فلم يكن متناقضا.

فإن ادّعى[1] الغريم الوكالة يستحلف صاحب المال[2]، لأنه يدّعي عليه البراءة عن الدين بالدفع إلى نائبه، فيحلف رجاء النكول، فإن نكل صار مقرا بذلك، فيبرأ الغريم [عن الدين][3]، وإن حلف كان له أن يأخذ المال من الغريم.

فإن قال الغريم للقاضي حين سأله: أنا لا أقر بالوكالة، لا يجبره القاضي على الإقرار بالوكالة، لأنه يتحرّز عن الضرر كيلا يبطل حقه في الرجوع به[4] على القابض، ولكن لا يحلف الطالب لما ذكرنا من الوجهين، ويرجع الطالب على الغريم بدَينه، فإذا رجع الطالب على الغريم بدينه، ثم أراد الغريم أن يرجع على الوكيل، فهو على وجوه أربعة:

إما أن صدّقه في الوكالة ودفع المال إليه، أو كذّبه ودفع، أو سكت ولم يصدّقه ولم يكذّبه [مع ذلك دفع المال إليه][5]، أو صدّقه في الوكالة وضمنه ودفع المال إليه[6].

---

(١) في (ا): "فإذا ادعى".

(٢) انظر "مختصر اختلاف العلماء": ٤/١٩٣.

(٣) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(٤) "به": ساقط من (ج) و (د).

(٥) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(٦) "المال إليه" ساقط من (ج) و (د).

ففي الوجه الأول: وهو ما إذا صدّقه في الوكالة ودفع المال إليه، لا يرجع لأنه لما صدّقه في الوكالة فقد أقرّ أن الوكيل[1] قبض بحق، وأن القول في هلاك المقبوض أو الدفع إلى الموكل قول الوكيل[2]؛ لأنه أمين، وإن ما أخذ الطالب من الغريم أخذ ظلما، ومن ظلَم ليس له أن يظلم غيره، فلا يكون له أن يرجع على الوكيل، لكن له أن يحلف الوكيل إذا كذّبه في هلاك المقبوض أو الدفع إلى الموكل، لأنه لو كان المَقبوض قائما في يد الوكيل، كان للغريم حق الاسترداد لما مرّ، فالغريم يدّعي عليه حق ردّ المقبوض، وهو ينكر فيحلفه.

وفي الوجه الثاني والثالث، وهو ما إذا كذّبه في الوكالة ودفع المال إليه، أو سكت ودفع، له أن يرجع على القابض[3]، لأن الغريم[4] إنما دفع إليه المال في هذين الوجهين عوضا عن ما في ذمته، رجاء أن يجيز الطالب، فيسلم له ما في ذمته.

فإذا أخذ الطالب منه حقه كان له أن يرجع على القابض، كما لو اشترى شيئا من فضولي، ونقد له[5] الثمن، وهلك[6] الثمن في يد الفضولي، ولم يجز المالك بيع الفضول[7]، كان للمشتري أن يرجع على الفضولي بالثمن، كذلك هنا.

فإن قال القابض: أنا أريد يمين الغريم: بالله ما وكلني الطالب بقبض المال، يحلف؛

(١) قوله: "أن الوكيل": ساقط من (ج) و (د).

(٢) قوله: "الوكيل": ساقط من (ج) و (د).

(٣) انظر «مختصر اختلاف العلماء»: ٤/١٩٣.

(٤) كذا في (ا) و (ب) وفي (ج) والأصل: "لأنه" سقوط "الغريم".

(٥) "له": ساقط من (ج) و (د)، أثبت من (ا) و (ب).

(٦) في (ا) و (ب): "وقد هلك".

(٧) قوله: "الفضول": ساقط من (ج) و (د)، وثبت في الأصل و(ا) و (ب).

لأنه لو نكل حتى صار مقرا[1] لا يبقى للغريم حق الرجوع عليه، فكان له أن يحلفه رجاء النكول، لكن يحلفه على العَلم: بالله ما يعلم أن صاحب المال وكله، لأنه تحليف[2] على فعل الغير، فيكون على العلم.

فرّق بين هذه المسألة وبين الوكيل بالشراء، إذا وجد بالمشترى عيبا، وأراد أن يرد، فأراد البائع أن يستحلفه: بالله ما يعلم أن الموكل رضي بالعيب، فإنه لا يستحلف[3]، وإن كان الوكيل لو أقر بذلك يلزمه[4]، ويبطل حق الرد.

وكذا لو ادّعى البائع على الآمر[5] أنّ الآمر رضي به، وأراد يمين الآمر لا يستحلف الآمر، وإن ادّعى عليه معنى لو أقر به يلزمه.

وكذا إذا وكّل الرجل رجلا بقبض الدين والخصومة فيه، فادّعى الغريم أنّ الموكل أبرأه، وأراد يمين الوكيل: بالله ما يعلم أن الموكل أبرأه، فإنه لا يستحلف، وإن أقر بذلك عند القاضي برئ الغريم.

ووجه الفرق: أنّ فائدة اليمين النكول، والنكول إقرار فيه شبهة[6]، فلا يجعل حجة

(١) لأن النكول إقرار، انظر البحر الرائق ٧/ ٢٠٧. وقال الكاساني: «النكول بمنزلة الإقرار» انظر: «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٢٣، «المنثور في القواعد» ٣/ ٢٨٣.

(٢) في (ا) و (ب): "لأنه يحلف".

(٣) في (ج) و (د): "يستحلف".

(٤) في (ج) و (د): "لزمه".

(٥) في (ا) و (ب): "المأمور"، ولعل الصواب ما أثبت.

(٦) قال ابن نجيم موجّها له: "النكول إقرار، لأنه يدل على كونه كاذبا في الإنكار، على ماقدّمناه، فكان إقرارا أو بذلا عنه. لكنه إقرار فيه شبهة". البحر الرائق ٧/ ٢٠٧.

يتعدّى إلى الغير، وفي هذه المسائل أثر النكول يتعدى إلى الغير، فلا يستحلف، أما في مسألتنا أثر نكوله لا يتعدّى إلى الغير، بل يقتصر على الغريم بمنعِ الرجوع على الوكيل، فجاز أن يستحلف.

فإن نكل برئ القابض، وإن حلف كان للغريم أن يضمن القابض، وهو الوكيل، ثم الوكيل يرجع على الطالب، فيحلفه على البتّات: بالله ما وكله، لأنه يدعي عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف، فإن حلف برئ الموكل، وإن نكل فالغريم بالخيار، إن شاء أخذ ما له من الوكيل، ثم يرجع الوكيل على الموكل، وإن شاء أخذ من الموكل ما أخذ منه.

أما له حق تضمين الوكيل، لأن حقه في تضمين الوكيل كان ثابتا قبل نكول الطالب، فلا يبطل بنكوله.

أما له حق تضمين الموكل، لأن الموكل لما نكل فقد أقر أنّ القابض كان وكيلا، وإن ما أخذ هو بنفسه من الغريم كان ظلما، فصار دينا عليه، وأيهما اختار الرجوع عليه برئ الآخر، كما قلنا في الغاصب مع غاصب الغاصب.

وفي الوجه الرابع: وهو ما إذا صدّقه الغريم في الوكالة، ودفع المال إليه وضمنه، ثم جاء الطالب، وجحد الوكالة، وأخذ المال من الغريم، كان للغريم أن يرجع على القابض بالضمان[1].

واختلف المشايخ في تفسير هذا الضمان، قال بعضهم: أراد به "ضمان الدرك"

كما أورده بعض الفقهاء بصيغة: «النكول بمنزلة الإقرار» انظر: «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٢٣، «المنثور في القواعد» ٣/ ٢٨٣، «المبدع» ٤/ ١١١.

(١) انظر «مختصر اختلاف العلماء»: ٤/ ١٩٣.

للمطلوب، لأن المطلوب اشترى ما في ذمته بما دفع إلى الوكيل، فإذا ضمن[1] الدرك فيما اشترى، وجاء الطالب، وجحد الوكيل، والقول في ذلك قوله، لم يسلم للغريم ما في ذمته من جهة الطالب، فيرجع بالثمن، كما لو باع عبدا بجارية، وتقابضا، واستحقت الجارية، فإنه يرجع بالعبد، كذلك هنا يرجع المطلوب بالثمن على الضامن، كالوكيل بالبيع إذا ضمن الدرك.

وقال بعضهم: أراد بهذا الضمان أن يقول المطلوب للوكيل[2]: بلى! أنت وكيله، إلا أني لا آمن أن يحضر الطالب، ويجحد الوكالة، ويأخذ المال مني ظلما، فإذا فعل ذلك فهل أنت كفيل لي بذلك؟ فإذا قبل يصح، لأن هذه كفالة مضافة إلى سبب الضمان، فتصحّ، كمن قال لغيره: إن غصب فلان مالك، فأنا ضامن بذلك، هذا هو الصحيح.

ومنهم [من قال][3]: أراد بذلك أن يضمن الوكيل الدرك للغريم فيما يقبض منه، وهذا باطل؛ لأن الوكيل مع الغريم تصادقا على أنه أمين في المقبوض، وشرط الضمان في الأمانة باطل، كما في الودائع، والعواري، ورأس مال الشركة، والمضاربة، فإنها لا تصير مضمونة بالضمان، كذلك هنا.

ثم إذا رجع الغريم على الوكيل بحكم الضمان، لم يكن للوكيل أن يستحلف الغريم، لأن الغريم مقر بالوكالة، وإنما رجع على الوكيل بحكم الضمان.

وكذا لو أراد الوكيل يمين الموكل لم يكن له ذلك، لأن الغريم إنما رجع على الوكيل بحكم ضمان الدرك الذي التزمه عن اختيار، لا بفعل كان عاملا للآمر، فلا يرجع عليه

---

(١) في (ا) و (ب): "له"، وهو ساقط من الأصل.

(٢) في (ا): "للوكيل بالقبض".

(٣) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

بخلاف ما تقدم، لأن ثمّة إنما رجع الغريم على الوكيل بفعل باشَره للآمر، وهو القبض، فكان للوكيل أن يرجع على الموكل.

ولو كان الغريم دفع المال إلى الوكيل على التكذيب، أو على السكوت من غير تصديق ولا تكذيب، وضاع في يده، ولم يحضر الطالب، ولم يعرف جحود الوكالة حتى مات الطالب، [وورثه][1] الغريم، فقال للوكيل: ما كنتَ وكيلا، فلي أن أرجع عليك، لا سبيل له عليه في تضمين ولا غيره، لأنه دفع المال إليه على وجه الصحة والتمليك، لأن قضاء الدين تمليك، ولم يظهر فساد ذلك التمليك، ولهذا لم يكن له ولاية الاسترداد في حياة المورث فكذلك بعد موته، لأن في الحالين ساع في نقض ما تمّ به.

فإن قيل: إنما لا تسمّع دعواه في حياة الموكل؛ لأنه يخاصم بطريق الأصالة، وهو لا يصلح خصما بطريق الأصالة لمكان التناقض، أما بعد موته[2] يخاصم بطريق الخلافة عن الميت؛ لأنه يثبت حق الميت، والميت لو أنكر الوكالة في حياته يصح ذلك منه، ويسمع دعواه، فيسمع من الوارث بطريق الخلافة.

ألا ترى أنّ الغريم لو أقام البينة في حياة المورث على إقرار الوكيل أنه ما وكله لا تقبل بينته، ولو أقام البينة على هذا الوجه بعد موت المورث قُبلت بينته، ويستردّ المال منه، لأنه يخاصم بطريق الخلافة.

قلنا: الوارث إنما يخلف [المورث][3] فيما يملكه الميت[4]، والميت لا يملك تضمين

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا).

(٢) في (ا): "بعد الموت المورث".

(٣) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا).

(٤) "المورث" مكان الميت في (ا).

الوكيل، لأنه زعم أن الوكيل قبض مال الغريم بغير حق، فكيف يملكه الوارث بطريق الخلافة عنه؟ ولا وجه للتضمين بطريق الأصالة، فلا يملك التضمين، بخلاف مسألة الإقرار لما نذكر بعد هذا.

فإذا أراد الغريم يمين الوكيل: بالله لقد وكّلك فلان الميت، لم يكن له ذلك؛ لأن الاستحلاف يترتب على دعوى صحيحة، ولم تصح لمكان التناقض.

ولو أقر الوكيل أنه لم يكن وكيلا صح إقراره[1]، وكان ضامنا، [لأنه][2] أقر [على نفسه][3]، لأن الإقرار[4] حجة بنفسه، والتناقض لا يمنع صحة الإقرار.

ألا ترى أن من باع شيئا، ثم ادّعى أنه كان لغيره باعه بغير إذنه[5] لا تسمع دعواه، وإن صدّقه المشتري في ذلك يصح إقراره، ويلزمه الردّ، كذلك ههنا.

ولو قال الغريم: أنا أقيم البينة على أن القابض لم يكن وكيلا، لا تقبل بينته؛ لأن هذه بينة قامت على النفي، والبينات للإثبات، ولو أقام البينة على إقرار الوكيل أنه لم يكن وكيلا، قبلت بينته.

فرّق بين هذا وبين ما لو أقام البينة أنه[6] لم يكن وكيلا، فإنها لا تقبل؛ لأن تلك

---

(١) هذا هو الأصل الأول الذي مر ذكره على ص ١٥٩٨ .

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) .

(٣) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(٤) في (ا) : "والإقرار" كذا في (ا) .

(٥) في (ا) : "باع لغير إذن المالك" .

(٦) "أنه" ساقط من (ج) و (د)، وفي (ا) و (ب)، وثبوته أصح.

البينة قامت على النفي، وهذه البينة قامت[1] على الإثبات، وهو إقرار الوكيل.

فإن قيل: لو أقام البينة على هذا الوجه في حياة الموكل لا تقبل، فلماذا تقبل بعد موته؟

قلنا: إنما لا تقبل بينته في حياة الموكل، لأنه يخاصم بطريق الأصالة، وخصومته بطريق الأصالة لا تصح، لأنه ساع في نقض ما تم به. أما بعد الموت الموكل[2] يخاصم بطريق [النيابة][3]، والخلافة عن الميت، والقيام مقامه فصحّت خصومته.

فإن قيل: الوارث إنما يحلف المورث فيما يملكه المورث لا فيما لا يملكه، والمورث لو أقام البينة على هذا الوجه لا تقبل، فلماذا تقبل من الوارث؟ ألا ترى أنّ المورث لما لم يملك استحلاف الوكيل، لا يملكه الوارث بطريق الخلافة، فينبغي أن يكون حكم البينة كذلك.

قلنا: المورث كان يملك إقامة البينة في حياته، لأن البينة حجة مطلقة لكل من يدّعي لنفسه حقا، والمورث مدَّع، وإنما لا تقبل بينته لا لعدم الولاية، بل لفقد الحاجة، لأنه يملك أخذ حقه من غير بينة، فأظهرنا تلك الولاية في حق الثابت عند مساس الحاجة، ولا كذلك اليمين؛ لأنها حجة ضرورية، فلا تثبت ولاية الاستحلاف عند انعدام الحاجة، فإذا لم تثبت الولاية للميت لا تثبت للوارث بطريق الخلافة.

فإن قيل: لو صار نائبا عن الموكل بعد موته، وجب أن يكتفى بمجرد إنكاره الوكالة، كما لو حضر الموكل، وجحد الوكالة.

---

(١) "قامت" ساقط من (ا).

(٢) ساقط من (ج) و (د)، وأضيفت من (ا).

(٣) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج)، (ا).

قلنا: إنما يكتفي بمجرد إنكار الغريم، لأن الموكل[1] لم يوجد منه ما يدل على التصديق، وقد صدر من الغريم ما يدل على التصديق، وهو دفع المال إليه، فلا يكتفى بمجرد إنكاره قال[2].

وكذا لو كان الموكل حياً، ووهب المال للغريم[3] أو أبرأه، فهذا وما لو مات، وورثه الغريم سواء في الوجوه [كلها][4]، لأنه كما لا يتوهّم منه الإجازة بعد الموت لا تصح بعد الهبة، وكما يسقط الدين عن الغريم بالميراث يسقط بالهبة [والإبراء][5].

ولو مات الموكل، فورثه الغريم ورجل آخر، فجحد ذلك الوارث التوكيل، كان له أن يأخذ من الغريم نصيبه من الدين، لأنه قائم مقام المورث، فكان جحوده في نصيبه من الدين كجحود الموكل، فيأخذ نصيبه من الغريم، ثم يرجع الغريم بما أخذ منه هذا الوارث على الوكيل.

كما لو كان الموكل حيا، وجحد، وأخذ المال، فحكم الغريم في نصيبه من الدين ما هو حكـ ـني الكل، إذا لم يكن معه وارث آخر، وثمّة لا يرجع على الوكيل بشيء اعتبارا للبعض بالكل، إلا أن يقول الغريم: إنّ المال لم يهلك، أو لم يدفعه إلى الموكل، أو ادّعى أنه استهلكه، وأراد أن يحلف الوكيل، كان له ذلك؛ لأنه غير متناقض في هذه الدعوى، فصح استحلافه، فإن حلف الوكيل برئ، وإن نكل لزمه ذلك النصف، كما لو أقر به

(١) قوله: "لأن الموكل" ساقط من (ج).

(٢) "قال" ساقط من (ا)، و(ج).

(٣) (ج) و (د): "من الغريم".

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٥) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا).

صريحا.

[قال][1]ولو لم يمت الموكل، ولم يهب المال حتى حضر، وجحد الوكالة، ولم يقدم الغريم إلى القاضي حتى مات، فورثه الغريم، أو وهب المال للغريم، أو أبرأه، فأقام الغريم بينة على جحوده الوكالة، لا سبيل له على الوكيل إلا أن يجد المقبوض قائما فيأخذه، لأن الجحود في غير مجلس القاضي غير معتبر، لأنه لا يوجب مالا على الغريم، [ولم يوجد][2] قضاء القاضي بفسخ الوكالة، فبقي ساعيا في نقض ما تم به، إلا أن يكون المقبوض قائما في يده، فيقيم الغريم البينة على الموت أو الهبة، فتقبل بينته؛ لأنه يثبت بالبينة أن مال الميت صار ملكا له بالميراث والهبة.

ولو جحد الموكل عند القاضي، فلم يقض القاضي بشيء، أو قضى بالمال للموكل على الغريم، كان للغريم أن يأخذ المال من الوكيل، لأنه لما جحد عند القاضي، والقول قوله في جحود الوكالة، فقد وجدت الحجة في مجلس القاضي، وانتفت الوكالة، لا يبقي الغريم[3]، وتقرّر الدين في ذمة الغريم، وصار الوكيل ضامنا لما قبض، وللوكيل أن يحلف الغريم: بالله ما يعلم أن الموكل وكّل الوكيل، لأن الغريم قام مقام الموكل، وكان للوكيل أن يحلف الموكل فيحلف من قام مقامه، إلا أنه يحلفه على العلم؛ لأنه تحليف على فعل الغير.

ولو كان الغريم صدّق الوكيل في الوكالة، ودفع المال إليه، وضمنه، ثم حضر الموكل، وجحد الوكالة، وحلف، وقضى له بالمال على الغريم، فلم يأخذ المال حتى مات،

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا).

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٣) قوله: "لا يبقي الغريم" ساقط من (ج) و (د).

وورثه الغريم، أو وهب المال للغريم أو أبرأه، لا يرجع الغريم على الوكيل بشيء، لأنه لو رجع إنما يرجع بحكم الضمان، فإذا لم يأخذ الموكل شيئا لم يلحقه دين، لا يثبت [له ولاية الرجوع][(1)].

ولو كان الموكل حين جحد أخذ المال من الغريم، ورجع الغريم على الوكيل بحكم الضمان، وأخذ منه، ثم مات الموكل، فورثه الغريم، كان للوكيل أن يرجع في تركة الميت بمثل ما غرم للغريم، لأن في زعم الغريم والوكيل أن الوكيل كان وكيلا، وأنّ ما أخذ الطالب من الغريم كان ظلما.

ولما رجع الغريم على الوكيل، وأخذ منه بدلَ ما هو واجب [له][(2)] على الموكل صار الواجب في ذمة الموكل للوكيل، فإذا هلكت تلك الألف صارت دينا في تركة الميت، والوارث إذا أقر بدين في تركة الميت يؤاخذ به، لأن الدين مقدم على الميراث، وإن كان للموكل وارثان، أحدهما هو الغريم، ثم رجع الوكيل بمثل ما ضمن في حصة الغريم، كما لو أقر أحد الوارثين بدين على الميت.

ولو لم يمت الموكل، ولكن وهب للغريم ألفا، وسلّمها، إن وهب تلك الألف التي أخذها من الغريم رجع الوكيل على الغريم بما أدى إليه، لأنهما تصادقا أنّ ما أخذ الطالب من الغريم كان ظلماً[(3)] غصبا، فإذا وصل إليه عين حقه، صار كأن لم يأخذ منه الموكل[(4)] شيئا، فيجب عليه رد ما أخذ من الوكيل.

---

(1) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(2) ما بين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

(3) قوله: "ظلماً" ساقط من (ج)، (ا).

(4) في (ج) و (د): "الوكيل".

وإن وهب الموكل للغريم ألفا أخرى، لا سبيل للوكيل عليه، لأن الموكل غاصب في زعمهما، والغاصب إذا وهب شيئا للمغصوب منه، لا يبرأ عن ضمان الغصب، وإن لم يهب له، ولكنه أوصى للغريم بوصية، ثم مات، وليس الغريم وارثه، فالوكيل أحق بما أوصى للغريم حتى يأخذ مثل ما غرم، لأن ما أخذ الموكل دين في زعمهما، والدين مقدم على الميراث والوصية.

ولو كان الغريم دفع المال إلى الوكيل على السكوت من غير تصديق ولا تكذيب، ثم حضر [الموكل][1]، وجحد الوكالة، وأشهد على ذلك، وغاب، فقدّم الغريم الوكيل إلى القاضي، وأراد أخذ المال منه، والمقبوض [قائم][2] في يده أو هلك، لم يكن له ذلك. ولو أقام البينة على جحود الموكل لم تقبل.

ولو أراد استحلافه: بالله ما يعلم أن الموكل جحد الوكالة، لا يستحلف؛ لما قلنا أنه لا عبرة للجحود في غير مجلس القاضي سواء أشهد على الجحود أو لم يشهد. ألا ترى أنه لو حضر بعد ذلك، وأقر بالوكالة صح إقراره.

وأشار هنا إلى معنى آخر، وقال: بأن حق الغائب تعلق بتصادقهما، حتى لو أجاز قبضه تصح إجازته. فلو قضينا بالمال للغريم، كان ذلك قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر.

ولو أن الطالب حين حضر، وجحد الوكالة، أخذ المالَ من الغريم ثم غاب، فقدم الغريم الوكيل إلى القاضي، وأقام البينة على جحوده الوكالة، وأخذه المال منه، وأراد استحلاف الوكيل على العلم، كان له ذلك.

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

فرّق بين هذا وبين ما إذا جحد، ولم يأخذ المال من الغريم[١]، لم يكن للغريم أن يرجع على الوكيل، ويخاصمه، لأن بمجرد الجحود لا ينقطع حق الموكل عما قبض الوكيل، فإنه لو أجاز بعد ذلك تصح إجازته، فلو قضى القاضي للغريم بما في يد الوكيل، كان قضاء على الغائب، فلا يصح.

أما إذا جحد، وأخذ المال من الغريم، انقطع حقه عن ما في يد الوكيل، وعاد ذلك إلى ملك الغريم، ولهذا لو أجاز قبض الوكيل بعد ذلك لا تصح[٢] إجازته، فالغريم يثبت الملك لنفسه فيما قبض الوكيل بسبب أمر[٣] جرى بينه وبين الغائب، وهو أخذ المال منه، فانتصب الحاضر خصما عن الغائب، فلو قضى القاضي بقطع حق الموكل عن المقبوض في يد الوكيل، كان قضاء على الغائب بحضرة الخصم، وإنه[٤] جائز.

قال[٥] ولو أنّ الموكل حين قدّم الغريم إلى القاضي، وجحد الوكالة لم يأخذ المال حتى غاب، فأحضر الغريم الوكيل عند ذلك القاضي، فإنه يقضي على الوكيل بردّ المال على الغريم، لأنه لو ادّعى عند هذا القاضي جحود الموكل عند قاض آخر، وبثبت ذلك بالبينة، فإن القاضي يقضى له بالمال على الوكيل.

والمعنى ما قلنا أنه لما جحد الموكل [الوكالة][٦] عند القاضي، واختار أخذ المال من

(١) قوله: "من الغريم" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ا) : "لا تجوز".

(٣) في (ا) : "آخر".

(٤) في (ا) : "وذلك".

(٥) أثبتناه من (ا) .

(٦) ما بيّن المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا)، (ج) و (د).

الغريم، فقد أبطل الوكالة، وقطع حق نفسه عما قبض الوكيل، فإنما بطل حقه عن المقبوض بإبطاله، فلم يكن [الغريم][1] ساعيا في نقض حق أثبته الغائب، وهو قضاء على الغائب بحضرة من قام مقامه، لأن الغريم ادّعى حقا على الوكيل، أو في يده بسبب فعل جرى بينه وبين الموكل، وهو اختياره تضمين الغريم، وتقرير الدين في ذمة الغريم، فانتصب الحاضر خصما عن الغائب.

ـ والله أعلم .

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب)، وجاء في الأصل وفي (ج): "الوكيل" مكان "الغريم"، والصواب ما أثبت.

باب الوكالة بالشيء يكون على غير ما أمر به ما يجوز مالا يجوز[1]

ذكر في الباب فصولا ثلاثة: فصل في الوكالة، وفصل في مباشرة الشراء، وفصل في المضاربة، وأدارها على أصول[2] أربعة:

أحدها: أنّ الإشارة والتسمّية إذا اجتمعتا في التوكيل، إن كان المشار إليه من جنس المسمّى يتعلق العقد بالمشار إليه، وإن لم يكن من جنسه يتعلق بالمسمّى[3]؛ لما عرف في

(١) كذا في (ا) و (ب)، وجاء في (ج) و (د): أيجوز أو لا يجوز، وما ثبت أولى.

(٢) في (ج) و (د): "على فصول أربعة" وهو خطأ.

(٣) هذا عند الإمام أبي حنيفة - رحمه الله - أما عند الإمام محمد بن الحسن - رحمه الله - فهو يقول: الأصل أن المسمى إن كان من جنس المشار إليه يتعلق بالمشار إليه، لأن المسمى موجود في المشار إليه ذاتا والوصف يتبعه، وإن كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى، لأن المسمى مثل للمشار إليه، وليس يتابع له، والتسمية أبلغ في التعريف من حيث أنها تعرف الماهية، والإشارة تعرف الذات، ألا ترى أن من اشترى فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس، ولو اشترى على أنه ياقوت أحمر فإذا هو أخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس. انظر: «الهداية مع فتح القدير»: ٣/ ٢٣٩، ٢٤٠، و«الفتاوى الهندية»: ٢/ ١٣٤.
وقد تعقب على هذا القول كل من الحموي، وابن نجيم، راجع للتفصيل «غمز عيون البصائر» شرح الأشباه والنظائر.

البيوع وغيره[1].

والثاني: إن دفع الغرور عن الوكيل واجب، كيلا يمتنع الناس عن قبول الوكالة، ولهذا لا يصح عزله بدون علمه قصدا[2].

والثالث: أن النقود لا تتعين في التوكيل قبل التسليم إلى الوكيل[3]، وتتعين في الشركات والمضاربات على كل حال، لأن المقصود من المضاربة والشركة الربح[4] دون العقد، فكانت بمنزلة الهبة، والنقود تتعين في الهبة.

أما المقصود من التوكيل عقد الوكيل، فكانت الوكالة وسيلة إلى الشراء، والنقود لا تتعين في الشراء والمعاوضات، فلا تتعين في الوسيلة.

وبعد ما دفع إلى الوكيل هل تتعين؟

قال بعضهم: تتعين حتى تبطل الوكالة بهلاكها قبل الشراء.

وقال عامة المشايخ: لا تتعين لما قلنا أن التوكيل وسيلة إلى الشراء[5]، وإنما تبطل الوكالة بهلاكها قبل الشراء، لأن المقصود من الدفع إلى الوكيل قطع رجوع الوكيل على الموكل؛ لما عرف أنّ عقد الوكيل يوجب دينين: دينا للبائع على الوكيل، ودينا للوكيل على

---

(١) سبق ذكره والبصائر: ٣/ ٤٥٧، كتاب البيوع ص ١٠٦٦.

(٢) انظر «المبسوط»: ١٩/ ١٥.

(٣) انظر «الاشباه والنظائر» ص ٣٧٥، و«درر الأحكام» ١/ ١٩٠ رقم المادة ٢٤٣.

(٤) في (ا) و (ب): "في الربح".

(٥) قال ابن نجيم - رحمه الله -: ولا يتعين النقد في النذر والوكالة قبل التسليم وأما بعده فالعامة كذلك. «الاشباه والنظائر» ص ٣٧٥.

الموكل، ولهذا كان للوكيل أن يطالب الآمر بأداء الثمن قبل الأداء من مال نفسه، فإنما يدفع المال إلى الوكيل ليكون رجوعه فيما نقد لا في ذمة الآمر، فكان ذلك دليلا على توقيت الوكالة بها، إذا كان المدفوع صالحا لاستيفاء الثمن، واقتضاءه منه.

والرابع: أنّ استيفاء الأكثر من الأقل ممتنع، والاستيفاء من خلاف الجنس لا يكون إلا بطريق المبادلة، والمبادلة لا تتمّ بدون الرضى.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: رجل قال لغيره: اشتر لي جارية بما في هذا الكيس، وهو ألف درهم، أو قال: اشتر لي جارية بألف درهم التي في هذا الكيس، ودفع إليه الكيس، فاشترى له الوكيل جارية بألف درهم، فنظر في الكيس، فإذا فيه ألف دينار، أو ألف فلس، أو تسعمائة درهم، أو وجده فارغاً لا شيء فيه، فالشراء جائز على الآمر.

وإنما قال ذلك لوجهين:

أحدهما: أنه سمّى الدراهم، وأشار إلى الدينار والفلوس، وهما جنسان، فيتعلق العقد بالمسمى، كما لو باع فَصاً على أنه ياقوت فإذا هو زجاج، يعتبر المسمّى، ويبطل العقد لانعدام المسمّى[1].

وأما إذا وجد الكيس[2] فارغاً لا شيء فيه[3] فكذلك؛ لأنه أشار إلى المعدوم، وأثر[4] العدم في منع تعلق العقد به فوق اختلاف الجنس، وكذا لو كان فيه تسعمائة

---

(١) انظر «الهداية مع فتح القدير»: ٣/ ٢٣٩ - ٢٤٠.

(٢) "الكيس" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في الأصل، وفي (ا) و (ب).

(٣) قوله: "لا شيء فيه" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في الأصل و(ا) و (ب).

(٤) في (ج) و (د): "أمر العدم"، وما ثبت أصح.

درهم[1]؛ لأن قدر المائة معدوم.

والثاني: ما قلنا إن النقود لاتتعين في التوكيل[2]، ولهذا لاتتعين قبل التسليم إلى الوكيل، فكان المقصود قطع رجوع الوكيل علي الموكل، واستيفاء الثمن من المدفوع، فإذا لم يكن فيه شيء، أو كان فيه تسعمائة لم يصحّ الأمر بالاستيفاء؛ لأنه محال وغرور.

وأما إذا كان فيه دنانير أو فلوس، فاستيفاء الثمن منه لايكون إلا بطريق المبادلة، وأنه يعتمد الرضى، فلا يتمّ مع الجهل، وإذا لم يصح الأمر بالاستيفاء صار دفع الكيس إليه وعدمه بمنزلة.

وقبل الدفع لو اشترى له جارية بألف كان جائزا ممتثلا لأمره لتعلّق التوكيل بالمسمّى فكذلك هنا، ويرجع الوكيل على الموكل بألف درهم. ولو هلك الكيس عنده يهلك أمانة.

وكذا لو كان في الكيس ألف وخمس مائة فاشترى له جارية بألف، جاز الشراء[3] على الأمر، و يستوفي ألفا مما نقد، ويردّ الباقي على الموكل؛ لأن استيفاء ألف وخمس مائة عن الألف[4] يكون رباً، فيردّ الزيادة.

وكذا لو نظر الوكيل في الكيس أوّلاً، ثم اشترى جارية بألف كان ممتثلاً أمره؛ لأن الوكالة تعلقت بالمسمى لما قلنا. ولنفي الغرور عن الوكيل؛ لأنها لو تعلّقت بالمشار إليه، فإذا اشترى بألف يصير مشترياً لنفسه، فيتضرر به، فإذا تعلقت بالمسمى كان ممتثلاً.

---

(١) "درهم": ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر الاشباه والنظائر: ٣٧٥.

(٣) "الشراء": ساقط من (ج) و (د)، وثبت في الأصل و(ا) و(ب).

(٤) كذا في (ا) و (ب)، وجاء في (ج) و (د)، "لأن استيفاء الألف من ألف وخمس" والصواب ما أثبت.

ولوكان الموكّل وزَن ألف درهم بين يدي الوكيل، وهي غير مشكلة فقال: اشترلي بهذه المائة دينار جاريةً، فاشترى له جارية بألف درهم، كان مشترياً للآمر، وإن اشترى بمائة دينار كان مشترياً لنفسه، لأنه لما أراه الدراهم انتفى الغرور، وزا ل الاشتباه والضرر، إذ ليس الخبر كالعَيان، وتحمل التسمية على ما هو المعتاد، وهو الترويج والمدح أو الذمّ إذا سمَّاهما فلوساً، يقول الرحل: أبيع منك هذا الفرس، ويشير إلى الحمار مدحاً له، ويقول: أبيع منك هذا الحمار، ويشير إلى العبد ذمّاً له.

ولو قال: اشترلي بهذه الألف جارية، وأشار إلى الدراهم، ولم يدفعها إلى الوكيل حتى سرقت، أو ضاعت، أو أنفقها الموكل على نفسه، وعلم الوكيل بذلك أو لم يعلم، ثم اشترى له جارية بألف درهم كان مشترياً للآمر؛ لأن التعيين لم يصح، ولم يوجد ما يدل على التوقيت، وهو التسليم إلى الوكيل، فتعيّنت الوكالة بألف مطلقة، وإذا لم تتعلق الوكالة بتلك الدراهم لم يكن إنفاقها عزلاً للوكيل، فكان مشترياً للآمر.

ولو دفعها إلى الوكيل، فلم يشتر بها حتى سرقت أوضاعت، لاضمان عليه؛ لأنه كان أميناً في القبض[1]؛ لأنه لايستوجب على المؤكل ديناً قبل الشرآء، فلا يكون عاملاً لنفسه، وتبطل الوكالة بهلاكها لوجود ما يدل على التوقيت، وهو الدفع إلى الوكيل علم الوكيل بذلك أو لم يعلم؛ لأنه عزل حكميّ لاغرور فيه، فلايتوقف على العلم.

---

(١) قال الشيخ محمد غانم البغدادي -رحمه الله -: الوكيل بالشراء إذا قبض الثمن فهلك عنده أن كان قبض الثمن من الموكل قبل الشراء يكون أمانة سواء هلك قبل شراء الوكيل أو بعده، وإن قبض الثمن من المؤكل بعد الشراء يهلك مضموناً.

كتاب مجموع الضمانات: ٢٥١ - ٢٥٢، وانظر بدائع الصنائع: ٦/ ٣٤، مختصر اختلاف العلماء ٤/ ٧٤، «المبسوط»: ١٩/ ٦٥.

ولو دفع إليه الكيس، وقال: اشتر لي جارية بالألف التي في هذا الكيس، فإذا فيه خمس مائة درهم، فلم يشتر بها حتى ضاعت، ثم اشترى بالألف جارية كان مشترياً لنفسه؛ لأنه سمى ألفاً، ودفع إليه خمس مائة، فصار كأنه قال: اشتر لي جارية بهذه الخمس مائة، وبخمس مائة أخرى من مالي.

ولو قال ذلك، وضاع المنقود، ثم اشترى بالألف جارية كان مشترياً لنفسه؛ لأنه لم يرض بتوجه المطالبة عليه بما زاد على خمس مائة، فلو جاز شراؤه للآمر[1] بألف بعد هلاك المنقود كان له أن يرجع على الآمر بألف[2]، وهو غير راض به فتبطل الوكالة بخمس مائة، بقي وكيلا في الشراء بخمس مائة، فإذا اشترى بالألف كان مشتريا لنفسه.

وإن اشترى بخمس مائة درهم[3] ينظر: إن كانت الجارية تساوى ألفاً أو أقل من ألف قدرَ ما يتغابن الناس فيه، يكون مشتريا للآمر، لأنه حصل مقصوده، ولايتوجه عليه المطالبة إلا بخمس مائة، وللوكيل[4] رضي بذلك.

وإن كانت تساوي خمس مائة يكون مشتريا لنفسه، لأنه لما أمره بالشراء بألف، فإنما يرغب في جارية تساوي ألفا، فإذا اشترى غيرها كان مخالفا، كما لو قال: اشتر لي جارية بهذه الخمس مائة بخمس مائة أخرى من مالي، ودفع الخمس مائة إليه، ولم يهلك المنقود حتى اشترى[5] الوكيل، إن اشترى بالخمس مائة جارية [إن كانت][6] تساوي ألفا يجوز،

---

(١) في (ا) و (ب): "على الآمر".

(٢) قوله: "بألف" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

(٣) "درهم" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

(٤) "الوكيل" ساقط من (ا) و (ب) و (ج).

(٥) في (ا) و (ب): "ثم اشترى".

وإلا فلا، كذلك ههنا.

وكذا لو دفع الألف إليه، وهلك بعضها، ثم اشترى الوكيل بالألف جارية كان مشتريا لنفسه، ولو اشترى بما بقي جارية تساوي ألفا لزم الأمر، [وإلا فلا][1]، ولو لم يهلك من الألف شيء حتى اشترى ببعضها جارية تساوي ألفاً لزم الأمر، كذلك هنا.

ولو دفع إلى رجل ألف درهم، وأمره أن يشتري له جارية بها فضاعت، ثم اشترى المأمور للآمر جارية ألف درهم[2]، ثم تصادقا أن الدراهم التي ضاعت كانت ستوقه[3] أو رصاصا، كان الشراء جائزاً[4] على الآمر، لأن الثابت بتصادقهما في حقهما كالثابت عيانا.

ولو عاينا أنها كانت ستوقة كان مشتريا للآمر، لأن الستوقة والرصاص ليسا من جنس الدراهم، ولهذا لو تجوّز بهما في الصرف والسلم لا يجوز، وعند اختلاف الجنس يتعلق التوكيل بالمسمى لما قلنا[5]، فكان دفعها وعدم دفعها بمنزلة، ويكون الوكيل مشتريا للآمر.

---

(٦) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب) و (ج).

(٢) "درهم" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

(٣) عرفه المطرزي نقلاً عن الكرخي الستوق: ما كان الصفراء والنحاس هو الغالب الأكثر. المغرب: ٣٨٢.

(٤) كذا في الأصل وفي (ا) و (ب)، وفي (ج) و (د): "جاز الشراء على الآمر".

(٥) انظر «الفتاوى الهندية»: ٢/ ١٣٤.

ولو تصادقا أن الدراهم المدفوعة[1] كانت زيوفا أو بنهرجةً، والمسألة بحالها كان الوكيل مشتريا لنفسه، لأن الزيوف والبنهرجة من جنس الدراهم، ولهذا لو تجوّز بهما في الصرف والسلم يجوز، فتتعلق الوكالة بالمدفوع والمشار إليه لوجهين:

أحدهما: ما قلنا من اعتبار الإشارة في الجنس الواحد.

والثاني: أن المدفوع يصلح محلا لاستيفاء الثمن منه، فتَتوقّت الوكالة بقيامها، فإذا اشترى بعد ما انتهت الوكالة بهلاكها كان مشتريا لنفسه.

ولو كانت الزيوف قائمة، فاشترى المأمور جارية بألف جياد لزم الآمر، جعَل الزيوفَ متعينة عند الهلاك حتي جعل شراء الوكيلَ بالجياد شراء لنفسه[2]، ولم يجعلها متعينة حال قيامها حتي جعل شراء الوكيل[3] بالجياد شراءً للآمر.

ووجه ذلك[4] أن الوكالة تعلقت بالجياد، لأن مطلق اسم الدراهم ينصرف إلي الجياد، إلا أنه إذا[5] دفع الزيوف الوكيل[6]، وأنها تصلح لاقتضاء الجياد منها بالتجوّز توَقّتت الوكالة ببقائها، فإذا هلكت قبل الشراء انتهت الوكالة، لأنها تعينت في الوكالة.

ثم إذا جاز شراء الوكيل بالجياد على الآمر حال قيام المدفوع كان له أن يردّ عليه

---

(١) قوله: "الدراهم المدفوعة": ساقط من (ج) و (د).

(٢) كذا في (ا) و (ب)، وفي الأصل و(ج) و (د): "جعل الوكيل بالجياد مشتريا لنفسه" وما ثبت أولى.

(٣) "الوكيل": ساقط من (ج) و (د).

(٤) "ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٥) في (ا): "لما".

(٦) "الوكيل": ساقط من (ج) و (د).

الزيوف، ويرجع بالجياد لأنه بالعقد استوجب عليه الرجوع بالجياد، فإذا لم يعلم بالمقبوض، ووجده زيوفا كان له أن يردّه، ويرجع عليه[١] بحقه، وكذا لو علم الوكيل أن المقبوض[٢] زيوف وهي قائمة في يده، واشترى بالجياد جاز الشراء[٣] على الآمر لما قلنا إن الوكالة تعلقت بالجياد [لانصراف][٤] مطلق اسم الدراهم ينصرف[٥] إليها، فلاتتغير بعد ذلك.

فإن دفع الوكيل الزيوف إلى البائع الجارية[٦]، وتجوز بها البائع لا يرجع الوكيل على الآمر بشيء؛ لإن الوكيل حين قبض الزيوفَ قبضها لاستيفاء الجياد منها، وصحّ قبضه، لكنه غير لازم لمكان[٧] لجهله، فلايبطل ذلك القبض إلا بالرد على الآمر، وبعد ما دفع إلى البائع[٨] وتجوز بها البائع تعذّر الرد على الآمر، فلايرجع الوكيل على الآمر بشيء.

ولو كان الموكل بيّن للوكيل حال دراهمه أنها زيوف، وسلمها إليه، أو لم يسلم حتى اشترى الوكيل بألف جياد، لزم الوكيل، لأنه لما بيّن له حال الدراهم انتفى الغرور، وزال الاشتباه، وصار كأنه قال اشتر لي جارية بألف بزيوف أو بألف ستوقة، فإذا اشترى بالجياد

(١) "عليه": ساقط من (ج) و (د).

(٢) قوله: "أن المقبوض" ساقط من (ج) و (د)، وثابت في (ا).

(٣) قوله: "جاز الشراء": ساقط من (ج) و (د).

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٥) "ينصرف": أثبتناه من (ا).

(٦) "الجارية": ساقط من (ج) و (د)، وثابتة في (ا)، وفي (ا): لأن.

(٧) "لمكان": ساقط من (ج) و (د)، وثابتة في (ا).

(٨) قوله: "دفع إلى البائع": ساقط من (ج) و (د). وثابتة في (ا).

كان مخالفا.

وكذا لو اشترى الوكيل بألف درهم، ولم يذكر جياد، ولاغيرها، لأن مطلق الدراهم في البياعات تنصرف إلى الجياد.

ولو قال اشتر لي جارية بهذه الألف والدراهم[١] ستوقة أو زيوف، ولايعرفها واحد منهما كانت الوكالة على المسمى لاعلى الداراهم[٢] التي عينها، سلمها إلي الوكيل أو لم يسلم، ولاتتعلق بالمشار إليه إلا أن يعلم كل واحد منهما بحال الدراهم، ويعلم أيضا أن صاحبه يعلم بذلك، فحينئذ يتعلق الوكالة[٣] بالمشار إليه لا بالمسمى.

والحاصل أن التوكيل لايتعلق بالمشار إليه إلا بعلوم أربعة: علمهما بحال الدراهم[٤]، وعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه، لأن دفع الغرور عن الوكيل واجب، والقدرة علي الامتثال شرط لصحة التوكيل، وذلك لايحصل إلا بهذا[٥] العلوم الأربعة.

أما علم الوكيل؛ لأنه إذا كان لايعلم بحال الدراهم يعتمد على التسمية، فإذا ظهر بخلافه، لو لزمه شراؤه دون الآمر يتضرّر به الوكيل.

وأما علم[٦] الموكل؛ فلأنه إذا كان لايعلم كان مراده ما سمّى، فإذا اشترى الوكيل بغير ما سمى لايحصل مقصوده؛ لأن التي تساوي ألفا جيادا غير التي تساوي ألفا زيوفا،

---

(١) "والدراهم": ساقط من (ج) و (د)، وثابتة في (ا).

(٢) "والدبراهم": ساقط من (ج) و (د)، وثابتة في (ا).

(٣) في (ج) و (د): "التوكيل".

(٤) في (ج) و (د): "علمهما بالدراهم".

(٥) قوله: "بهذه العلوم" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

(٦) "علم" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

فيقول الموكل: خالفتَني في الوكالة.

وإن كانا يعلمان جميعا بحال الدراهم لكن الوكيل لايعلم بعلم صاحبه، كان مراد الموكل عند التوكيل المسمى دون المشار إليه.

وإن كان الموكل لايعلم بعلم الوكيل، كان في علم الموكل أن الوكيل لايعلم مراده، فيتمسك بظاهر التسمية، ويتعلق التوكيل بالمسمى، وهي الجياد، فلايتعلق التوكيل بالدراهم التي عيّنها إلا أن يعلم كل واحد منهما بحال الدراهم، ويعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه، وعند ذلك لو اشترى بالزيوف جارية تساوي ألفا جيادا لزم الآمر، لأنه خالفه إلى خير.

وإن اشترى بألف جياد، ثم تصادقا أنهما كانا يعرفان صفة الدراهم، وأن كل واحد منهما كان عالما بعلم صاحبه، فالوكالة تكون[1] على تلك الدراهم التي عينها؛ لأن الثابت بتصادقهما كالثابت عيانا، وعند المعاينة يتعلق التوكيل[2] بالدراهم التي عينها.

وإن تصادقا أن الآمر يعرفها دون الوكيل، يتعلق التوكيل بالمسمى دفعا للغرور عن الوكيل، وإن تصادقا أن الوكيل[3] كان يعرفها دون الآمر، فالتوكيل يتعلق بالمسمى كما في حالة المعاينة، وأيهما ادعى أنه لم يعلم كان القول قوله مع اليمين، لأنه متمسك بالأصل، وهو الجهل.

الفصل الثاني:

---

(١) "تكون": زيادة من (ا) و (ب).

(٢) في (ا) و (ب): "الوكالة".

(٣) في (ج) و (د): "الموكل"، وهو خطأ، والمثبت من الأصل، و(ا) و (ب).

رجل أتى بيّاعا بدراهم، وقال: بعني بهذه الألف كذا وكذا، فباعه بها، فإذا الدراهم زيوف، أو بنهرجة، أوستوقة، فإن كان البائع يعلم أنها زيوف أو نبهرجة[1]، وقبضها[2] لم يكن له إلا ذلك، وإن كان لايعلم فله الجياد؛ لأن مطلق البيع يقع على الجياد التي تقع[3] بها المعاملات في تلك البلدة، ولايعتبر علم المشتري، وجهله[4]، ولاعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه.

فرق بين هذا وبين الوكالة، والفرق أن الوكالة أمانة يعتبر فيها نفي الغرور عن الوكيل، والقدرة على الأئتمان، وإنها تتوقف على الوقوف بمراد الآمر، وذلك لايحصل إلا بالعلوم الأربعة على ما قلنا[5]، فيشترط [فيها][6] العلوم الأربعة.

أما في مسألتنا: صاحب الحق بائع، وهو المالك[7] والمتملك، فيعتبر دفع الضرر عنه، فإذا لم يعلم صفة الدراهم لم يكن راضيا بنقصان حقه، فكان له أن يرد الزيوف[8]، ويستوفي الجياد، وإن تجوَّز بالزيوف والنبهرجة جاز، لأنه أبطل حقه في الجودة، وإن

(١) قوله: "أنها زيوف أو نبهرجة" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

(٢) في (ج) و (د): "قبض" بدون الضمير.

(٣) ساقط من (ج) و (د)، وفي (ا) و (ب): "تجري بها".

(٤) في (ج) و (د): "ولا جهله".

(٥) قوله: "على ما قلنا" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

(٦) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٧) في (ج) و (د): "المملّك".

(٨) "الزيوف": ساقط من (ج) و (د).

كانت ستوقة فتجوّز لايجوز إلا برضى المشتري؛ لأنه[1] ليس من جنس الدراهم، فاستيفاء الجياد بالستوق يكون مبادلة، فلايتم إلا بالتراضي.

فإن علم البائع بصفة الدراهم قبل البيع، ثم باعه لاشيء له غيرها؛ لأن أخذ الزيوف بالجياد استيفاء الناقص بالكامل، فيتم بالبائع وحده، وفي الستوقة لا يصح البيع مالم يعلما بذلك؛ لأن الستوقة[2] ليست من جنس الدراهم، بل هي من العروض، فكان أخذها معاوضة، فلايتم إلا بالتراضي، فيشترط علمها، ولايشترط علم كل واحد منهما بعلم صاحبه لتعلق العقد بالمشار إليه بخلاف الوكالة.

والفرق ما قلنا إن في الوكالة إنما[3] شرطنا العلوم الأربعة لنفي الغرور، والقدرة علي الامتثال، وذلك لايحصل إلا بالعلوم الأربعة، وهنا شرطنا علمهما لتحقيق التراضي، فإذا علما فقد تراضيا، فلايعتبر ذلك.

وعن محمد رحمه الله رجل جاء إلى قصاب بدراهم، وقال: بعني هذا العاتق بها، فأتاه الدراهم، فباعه بها، ولم يعلم بالدراهم، ثم وجدها زيوفا أو بنهرجة كان له أن يردّها، ويرجع بالجياد؛ لأن الإشارة إلى الدراهم بمنزلة التنصيص على الدراهم، فتنصرف إلى الجياد، فإذا وجدها زيوفا، والدراهم لاتتعين في البياعات، يردّها، ويرجع بالجياد، وإن وجدها ستوقة فالبيع فاسد، لأنها ليست من جنس الدراهم، والمعاوضة لاتتم بدون الرضى.

رجل دفع إلي رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فقبضها، ولم يعلم بها، فهو على

---

(١) في (ا) و (ب): "لأن الستوقة".

(٢) قوله: "لأن الستوقة" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

(٣) في (ج) و (د): "إما شرطنا".

وجوه: إما إن كانت زيوفا، أو بنهرجة، أوستوقة، أو كانت ناقصة عن الألف.

فإن كانت زيوفا، أو بنهرجة ولم يعلم بذلك، أوعلم أحدهما، أو علما ولم يعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه حتى اشترى المضارب جارية بألف جياد[1]، جاز شراؤه على المضارب، لأن المضاربة وكالة.

[وقد ذكرنا][2] في الوكالة أن التوكيل يتعلق بالمسمى، ولايتعلق المشار إليه إلا بالعلوم الأربعة، فكذا هنا تتعلق المضاربة بالمسمى، ويكون قبض الزيوف استيفاء لرأس المال؛ لأنه من جنس رأس المال، فتتم المضاربة.

فإذا اشترى بالجياد كان ممتثلا لرب المال، فكانت الجارية على المضاربة.

فإن دفع المقبوض إلى البائع، وتجوّز بها البائع جاز، ولايرجع المضارب بشيء على رب المال، ويكون رأس المال ما قبض المضارب؛ لأن رأس المال ما خرج عن ملكه بجهة المضاربة، فعند القسمة يأخذ رب المال مثلها برأس ماله، وما بقي ربحٌ بينهما على ما شرطا.

وإن لم يتجوّز البائع كان له أن يردها؛ لأنه دون حقه، فإن ردها، ردها المضارب على رب المال، ويرجع بالجياد كما في الوكالة، ويكون رأس ماله الجياد؛ لأنه دفع الجياد بحكم المضاربة.

هذا إذ لم يبيّن صفة الدراهم للبائع، فإن بيّن أنها زيوف، واشترى بها جارية كانت الجارية على المضاربة.

---

(١) في (ج) و (د): "بألف درهم".

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و(ب).

فرق بين هذا وبين الوكالة، لو اشترى جارية بألف درهم[1] زيوف كان مشتريا لنفسه، والفرق أن في الوكالة مقصود الموكل عين الجارية، وقد رضي بجارية تساوي ألفا جيادا، فلا يكون راضيا بجارية تساوي ألفا زيوفا.

أما في المضاربة: مقصود ربّ المال[2] الربح، لاعين الجارية، والربح حاصل، وإذا اشترى[3]، جاز شراؤه على المضاربة كان رأس المال ألفا زيوفا كما قبض، وإن هلكت الزيوف عند المضارب قبل الشراء بطلت المضاربة، كما لو هلك المال عند الوكيل قبل الشراء:

هذا إذا كانت الدراهم زيوفا أو بنهرجة، فإن كانت ستوقة، أو رصاصا، فاشترى المضارب بألف جياد، كان مشتريا لرب المال، فإن باعها، وربح كان الربح كله لرب المال، لأن المضاربة تعلقت بالمسمى لما قلنا، والمسمى ألف درهم، وقبضُ الستوقة لايصلح استيفاء لرأس المال؛ لأنها ليست من جنس الدراهم، فتفسد المضاربة؛ لأن قبض رأس المال شرط لصحة المضاربة، ولم يوجد.

وإذ فسدت المضاربة بقيت وكالة؛ لأن في المضاربة توكيلا و زيادة، فإن فسدت المضاربة لايفسد التوكيل؛ لأن قبض رأس المال ليس بشرط لصحة الوكالة، وإذا بقيت الوكالة فما اشترى يكون للآمر، وللمضارب أجر مثله، لأنه ابتغى بعلمه عوضا، وهو نصف الربح، فإذا لم يسلم له ذلك، كان له أجر مثله، كما هو الحكم في المضاربة الفاسدة.

---

(١) في (ج) و (د): "ألف زيوف".

(٢) كذا في الأصل وهو المثبت في (ا) و(ب)، وجاء في (ج) و (د): "المقصود هو الربح".

(٣) "اشترى": ساقط من (ج) و (د)، فالعبارة في تلك النسخ: "وإذا جاز شراؤه على المضاربة".

وإن لم يكن المقبوض ستوقة، ولكنها كانت خمس مائة درهم[١]، فاشترى المضارب بالألف جاريةً جاز شراؤه على رب المال، ويكون نصف الجارية[٢] للمضارب، والنصف لرب المال خاصة، ويرجع علي رب المال بخمس مائة؛ لأن قبض رأس المال شرط لصحة المضاربة، وقد وجد ذلك في النصف، فتمّت المضاربة في النصف، وبطلت في النصف اعتبارا للبعض بالكل، وما بطلت المضاربة فيه بقيت وكالة، وإذا بقبت الوكالة في النصف صار[٣] مشتريا لرب المال.

فإن باعها، وربح فيها، فنصف الثمن مع نصف الربح يكون لرب المال خاصة؛ لأنه بدل ملكه، والنصف الأخر يكون للمضاربة، يأخذ رب المال من ذلك رأس ماله خمس مائة، وما بقي فهو ربح بينهما، ولا أجر للمضارب فيما اشترى لرب المال ههنا؛ لأنه شريك في نصف ربح الجارية[٤]، ومن عمل[٥] فيما هو فيه شريك لا أجرَ له.

ولو كانا يعلمان بنقصان الدراهم، ويعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه، وكان ذلك ظاهرا غير مشكل، فالمضاربة على ما قبض من المال خاصة، حتى لو اشترى بأكثر من المقبوض جارية يكون المضارب مشتريا تلك [الزيادة][٦] لنفسه؛ لأن عند اجتماع العلوم الأربعة تتعلق المضاربة والوكالة بالمشار إليه.

---

(١) "درهم": ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

(٢) "الجارية": ساقط من (ج) و (د).

(٣) والعبارة في (ا) و (ب): "وإذا بقيت وكالة في النصف كان مشترياً".

(٤) في (ا) و (ب): "شريك في ربح نصف الجارية".

(٥) زاد في (ا) و (ب): "من عمل لغيره".

(٦) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

وكذا لو كان المقبوض زيوفا كانت هي رأس المال لما قلنا إن عند انتفاء الغرور يتعلق العقد بالمشار إليه، فإن اشترى بها شيئا يكون للمضاربة، وما اشترى بأجود منها يكون مشتريا لنفسه لمكان الخلاف.

وإن كانت ستوقة [أو رصاصا](١)، فإن اشترى بها شيئا كان ذلك لرب المال خاصة، لأن الستوقة لاتصلح رأس مال المضاربة(٢)؛ لأنها بمنزلة العروض، فما اشترى بها يكون لرب المال؛ لأنه بدل ملكه باع وكيله بإذنه(٣)، وللمضارب أجر [مثل](٤) عمله، لأنه عمل لغيره بعوض، فكان بمنزلة بالوكيل بالأجر، وإن اشترى بدراهم يكون مشتريا لنفسه لأن الأمر تعلق بالستوقة(٥).

وإن كانت الدراهم خمس مائة، وقد سمّاها(٦) ألفا، فاشترى المضارب جارية بألف كان نصفها للمضاربة، والباقي للمضارب هنا، ويكون تسمية الألف مجازا عن الترويج والترغيب، فكأنه لم يسمّ إلا خمس مائة.

ـ والله أعلم ـ

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(٢) في (ا) و (ب): "رأس المال"؛ بسقوط لفظ: "المضاربة".

(٣) كذا ثبت في (ا) و (ب)، وفي (ج) و (د): "الذي باع الوكيل بإذنه".

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(٥) قوله: "الوكيل بالأجر.... إلى آخره الفقرة" ساقط من (ج) و (د).

(٦) في (ا) و (ب): "وقد سلّمها".

باب من الوكالة[1] على العبد والعتق على ذلك والوكالة فيه والنكاح والخلع والبيع والإجارة

في الباب فصلان: فصل في مباشرة العقود، وفصل في التوكيل بها.

وأدار الباب على أصلين:

أحدهما: أن جهالة جنس البدل تمنع صحة التسمية في العقود كلها، وجهالة النوع والصفة تمنع في معاوضة المال بالمال، ولاتمنع في غيرها؛ لأن الجهالة لاتمنع الصحة لعينها، بل للإفضاء إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلمّ.

وجهالة الجنس فاحشة تفضي إلى المنازعة في العقود كلها؛ لأن الجنس إذا اختلف يختلف المقصود؛ وفوات المقصود يفضي إلى المنازعة.

أما جهالة النوع والصفة في الجنس الواحد لا تُفضي إلى المنازعة على كل حال؛ لأن في الجنس الواحد يحصل أصل الغرض، وإنما يفوت كماله، فكانت هذه جهالة يسيرة، إلا أن معاوضة المال بالمال بُنيت على المماكسة، والاستقصاء، والمضايقة، فكان اليسير فيها بمنزلة الفاحش[2].

---

(١) في (ج) و (د): "الكتابة"، وهو خطأ.

(٢) قال الكاساني - رحمه الله -: إن الجهالة القليلة في باب الوكالة لا تفضي إلى المنازعة لأن مبني التوكيل على الفسحة والمسافحة فالظاهر لا تجوز المنازعة فيه عند قلة الجهالة بخلاف البيع لأن مبناه على المضايقة والمماكسة لكونه معاوضة المال بالمال فالجهالة فيه وإن قلّت تفضي إلى المنازعة

أما معاوضة المال بما ليس بمال بُنيت على التوسعة، والمساهلة في البدل، فالتفاوت اليسير فيها لا يُفضي إلى المنازعة، فلا يمنع صحة التسمية.

والثاني: ما عُرف أن الغبن اليسير يتحمّل من الوكيل بالشراء، ولا يتحمل منه الفاحش عند الكل، وكذا الوكيل بالبيع عندهما، وعند أبي حنيفة رحمه الله يتحمّل منه الفاحش [أيضا][1].

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: رجل قال لعبده: كاتبتك على عبد، ولم يسم شيئا جاز.

لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه أجاز الكتابةَ على الوصفاء، ولأنه لو كاتبه على مال معلوم يصح، فلو لم يصح هذا[2] إنما لا يصح لجهالة العبد، وهذا عقد بني على المساهلة[3] والإرفاق بالعبد، فجهالة النوع والصفة لا تمنع الصحة، فيصح، وينصرف إلى الوسط نظرا للجانبين، كما في الزكاة والدية [والمهر][4].

و"الوسط" عند أبي حنيفة: هو الذي قيمته أربعون دينارا، وعندهما: على قدر الغلاء والرخص في كل عصر، وقد ذكرنا هذا في كتاب النكاح[5]، جعل العبد جنسا واحدا في هذا النوع، وفي الوكالة جعله بين الجنس والنوع عملا بالشبَهين بقدر الإمكان.

فتوجب فساد العقد. «بدائع الصنائع»: ٦/ ٢٣.

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(٢) في (ا) و (ب): "ولو لم يصح ههنا".

(٣) في (ا) و (ب): "على التوسعة".

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(٥) في (ج) و (د) "العتاق".

والخلع، والنكاح، والصلح عن دم العمد، والعتق على مال في هذا بمنزلة الكتابة.

وكذا لو كاتب عبده على عشرة أثواب يهودية جاز، وينصرف إلى الوسط، ولا ينظر في قيمة الوسط إلى قيمة المكاتب؛ لأن عقد الكتابة عقد إرفاق بالمكاتب، فلا يبلغ بدل الكتابة قيمته من حيث الظاهر.

وفي البيع، والإجارة، والصلح عن الخطأ، والصلح عن الدين لايجب الحيوان في الذمة لما قلنا وكذا الثوب لايجب دينا في الذمة في هذه[1] العقود إلا بشرائط السلم، سواء أضيف إليه البيع، أو جعله ثمنا[2] بإدخال حرف الباء، والمكيل والموزون إذا كان ثمنا، وبيّن وصفه يجب في الذمة، وإن لم يكن بدلا لا يجب إلا بشرائط السلم.

ولو قال لعبده: كاتبتك على دراهم فقبل، كانت الكتابة فاسدة حتى لايعتق المكاتب بهذا العقد أبدا، لأن جهالة القدر فاحشة بمنزلة جهالة الجنس، وهذه جهالة لايمكن رفعها بتحمّل الأقصى، لأن أقصى الدراهم ليس بمعلوم، فلا يفيد حكمه.

وكذا لو كاتبه على وصفا، ولم يبين العدد، أو على ثياب هروية، وكذا لو تزوج امرأة على دراهم، أو على وصفا، أو أعتق العبد[3] على ذلك، أو صالح من دم العمد على ذلك لاتصح التسمية في شيء من هذه العقود لما قلنا، ولأن فساد التسمية على هذا الوجه يبطل الكتابة، فلا يثبت حكمها، وفي النكاح يصح النكاح، ويجب مهر المثل، وفي العتق على ذلك يوعتق العبد، ويلزمه قيمته، وفي الصلح عن القصاص تجب الدية؛ لأن في الكتابة يثبت العتق عند الأداء، وقد تعذّر الأداء.

---

(١) كذا في (ا) و (ب)، وفي (ج) و (د): "فهذا العقود"، وهو خطأ.

(٢) كذا في (ا) و (ب)، وفي (ج) و (د): إن لم يكن بدلاً".

(٣) في (ا) و (ب): "أعتق عبده".

أماالنكاح كما وُجد، وا تصل الإيجاب بالقبول يفيد حكمه، وكذا العتق على مال، والصلح عن القصاص، وهذه العقود بعد وقوعها لاتحتمل الفسخ، فإذا تعذر استيفاء البدل وردّ المبدَل، يصار إلى قيمة المبدل ردّا للمبدل من حيث المعنى، كما لو اشترى عبدا بعرض فأعتق العبد المشتري، وهلك العرض قبل التسليم، فإنه يجب قيمة العبد كذلك ههنا.

فرق بين هذه العقود وبين الخلع إذا خالع امرأته على دراهم، أو على وصفا، كان عليها ثلاثة دراهم، أو ثلاثة وصفا أو ساط.

والفرق أن قضية الدليل عند تعذر استيفاء البدل إعادة المبدل، أو إعادة قيمته عند العجز عن إعادة المبدل ليكون إعادة للمبدل من حيث المعنى؛ لأن صاحب المبدل لم يرض بزوال حقه إلا بالبدل، وفي النكاح والصلح عن القصاص والعتق أمكن اعتبار هذا الأصل؛ لأن البضع حالة الدخول في ملك الزوج متقوّم، والقصاص متقوم، وهو يعرض أن يصير مالا عند عفو أحد الشريكين ونحوه.

ونفس العبد في الاعتاق متقوم؛ فأمكن إيجاب قيمة البدل أما البضع حالة الخروج عن ملك الزوج غير متقوم[1]، فكما تعذر إيجاب المسمى بكماله تعذر إيجاب قيمة المبدل، وهو البضع، فيجب عليها أدنى الجمع؛ لأنه متيقّن رعايةً لحق الزوج بقدر الإمكان، وصار التزام الدراهم في الخلع بمنزلة التزامها بالإقرار، ولو أقر رجل[2] على نفسه بدراهم، ولم يبين شيئا يلزمه ثلاثة دراهم كذلك ههنا.

---

(١) في (ا) و (ب): "ليس بمتقوم".

(٢) "رجل" ساقط من، وثبت في (ا) و (ب).

ثم استشهد محمد[1] رحمه الله تعالى لبيان أن البضع حالة الدخول في ملك الزوج متقوم، وحالة الخروج عن ملكه غير متقوم بمسائل:

منها: أن المريض إذا تزوج امرأة بمقدار مهر المثل يعتبر من جميع ماله؛ لأنه قابَل المتقوّم بالمتقوم.

والأب إذا زوّج ابنَه الصغير امرأةً بمقدار مهر مثلها[2] يصح، ويعتبر معاوضة.

والمريض إذا صالح عن قصاصٍ عليه، على الدية، يعتبر من جميع المال.

والمريضة إذا اختلعت من زوجها بمال يعتبر من الثلث بمنزلة الوصية.

والأب إذا خالع ابنته الصغيرة من زوجها على مالها لايصح، و يصير تبرعا.

الفصل الثاني: فصّل التوكيل:

وإنه على وجهين: إما أن وكله بمعاوضة المال بما ليس بمال، أو بمعاوضة المال بالمال.

فإن وكّله بإن يكاتب عبده على ثوب هرويّ، أو على عبد، أو كرّحنطة جاز، وينصرف إلى الوسط، كما لوباشر الموكل بنفسه، ثم الوكيل إن سمّى في الكتابة عبداً بغير عينه جاز، وينصرف إلى الوسط لما قلنا.

وإن كاتبه على عبد بعينه، فإن كان وسطاً أو مرتفعاً جاز؛ لأنه وافقه أو خالفه إلى خير، وإن كان دون الوسط لايجوز؛ لأنّ المذكور لما انصرف إلى الوسَط صار كأنه نصّ علي الوسَط، ولو نصّ على الوسط فكاتبه على ما دون الوسط لايجوز؛ لأنه خلاف إلى شر، كذلك ههنا.

(١) "محمد" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) في (ا) و (ب): "بمقدار مهر المثل".

وكذا لو وكّله بالصلح عن القصاص على عبد جاز، وينصرف إلى الوسط لما قلنا، وكذا لو وكّله بالنكاح أو بالخلع فسمي الوكيل عبداً بغير عينه جاز، وينصرف إلى الوسط، ولو صالح على عبد[1] بعينه فهو على ماقلنا.

قالوا هذا إذا كان وكيل الطالب، أما إذا كان وكيل المطلوب فسمّى الوكيل عبداً بعينه لموكّله لايجوز؛ لأن فيه زيادة ضرر بالموكل، والصحيح أنهما سوآء لإطلاق اللفظ.

وإن وكّل بشيء من هذه العقود على دراهم هذه[2]، أو على وصفا، أو على ثياب هروية إن ذكَر القدرَ والعددَ جاز، وينصرف إلى ذلك القدر، والعدد لايتناول مادونه، وإن لم يذكر الموكّل عدد الوصفاء والثياب وقدر الدراهم صحّ التوكيل أيضاً، فإنه لو وكل بالبيع، ولم يسم البدل جاز، فهذا أولى.

وإذا صح التوكيل، فإن كاتبه الوكيل على وصفا أو على الدراهم أو على الثياب ولم يسم العدد لايجوز، كما لو باشر الموكل بنفسه.

وإن سمّى الوكيل عدداً دون الثلاثة لايجوز أيضاً؛ لأنه ذكر الجمع فلا بدّ من أعتباره، وإن سمّى الثلاث فمافوقها، في الكتابة والعتق يجعل قيمة عبد الموكل أصلاً ومعياراً، وفي النكاح مهر المثل، وفي الصلح عن القصاص الدية، وفي الخلع ماساق إليها من الصداق يجعل أصلاً [ومعياراً][3] ومبدلاً.

ثم ينظر إلى ما سمّى الوكيل في عقده: إن كان ذلك مثل قيمة المبدل، أو فوقها، أو أقلّ منها قدرما يتغابن الناس فيه يجوز، وإلاّ فلا؛ لأنّ ذكر الدارهم والوصفا والثياب في

---

(١) في (ا) و (ب) و (ج) و (د): "ولو تسمّى عبداً".

(٢) "هذه": ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

(٣) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

التوكيل كان لبيان جنس مايقع به التوكيل، لا لبيان القدر، فصار في حق القدر كأنه وكله بالعقد، ولم يسمّ البدل فيه، [ولو وكّله بالعقد ولم يسمّ البدل][1] يجعل قيمة عبد الموكل في الكتابة، والعتق، ومهر المثل في النكاح، والدية في الصلح عن دم القصاص[2]، وقيمة ماساق إليها من الصداق في الخلع معياراً على الوجه الذي ذكرنا، فلايملك الغبن الفاحش [كذلك ههنا][3].

ونصّ في الكتاب أن على قول أبي حنيفة رحمه الله يتحمل [الغبن][4] الفاحش من الوكيل بالخلع من قِبل الزوج، كما يتحمل من الوكيل بالبيع.

فرق بين عقد الوكيل، وبين عقد الموكل إذا خالع الموكل امرأته على دراهم يلزمها ثلاثة دراهم، وفي خلع الوكيل لاينصرف إلى ثلاثة دراهم.

ووجه ذلك أن الزوج يتصرف بحكم الملك، وهو يملك الأقل والأكثر، فينصرف عقده إلى الأقل؛ لأنه متيقن، أما الوكيل يتصرف بحكم الأمر فلايملك إلاّ ماتناوله الأمر، وإنه مجهول، إن كان[5] تناول الأكثر لايملك الأقل، وإن كان[6] تناول الأقل يملك الأكثر؛ لأنه خلاف إلى خير، فيجعل ذكر الدراهم في التوكيل لبيان جنس مايقع به التوكيل لا لبيان القدر، ويجعل في حق القدر كأنه وكل بالخلع ولم يسمّ شيئاً فكان حكمه

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ج).

(٢) في (ج) و (د): "عن دم العمد".

(٣) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب).

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من النسخ الأخرى.

(٥) "إن كان" ساقط من الأصل، وثبت في (ا) و (ب)، و (ج) و (د).

(٦) "إن كان" ساقط من الأصل، وثبت في (ا) و (ب)، و(ج) و (د).

ماقلنا.

ولو وكّل رجلاً بأن يخلع امرأته على عبد بعينه، يريد على عبد يُعيّنه الوكيل، أو على عبد يعيّنه الموكل، أو وكله بالكتابة، أو بالصلح عن دم العمد على ذلك، ليس للوكيل أن يخلع على عبد بغير عينه؛ لأنه قيّد بالعين، والتقييد مفيد؛ لأن العين خير من الدينً.

فإن خلعها على عبد بعينه، فإن كانت قيمة العبد مثل المهر الذي تزوجها عليه، أو أقلّ منه قدرما يتغابن الناس فيه جاز، وإلاّ فلا.

قالو: هذا على قولهما[1]، أما على قول أبي حنيفة رحمة الله يجوز كيف ماكان؛ لما عُرف من مذهبه في الوكيل بالبيع.

فرق على قولهما بين هذا وبين ما إذا وكله بالكتابة على عبد كاتبَه الوكيل على عبد بغير عينه، ينصرف إلى الوسط، قيّده بالوسط، وههنا لم يقيده بالوسط، لكنه قال: إن كانت قيمة العبد الذي جعل بدلاً مثل قيمة عبدالموكل، أو أقل منه قدرما يتغابن الناس فيه يجوز وإلاّ فلا.

ووجه ذلك أن الغائب يختلف باختلاف الوصف، فينصرف إلى الوسط؛ لأنه اعدل، أما العين لايختلف باختلاف الوصف فلايمكن اعتبار الوساطة فيه، فيعتبر قيمة المعقود عليه.

والوجه الثاني من هذا الفصل:

إذا وكّله بمعاوضة المال بالمال بإن وكله بالصلح عن الخطأ على عبد، أو بالصلح عن دين له على رجل بعبد جازت الوكالة؛ لأنه وكله بشرآء العبد بثمن مسمّى، وهو الدية أو

---

(١) في (ا) و(ب): "هذا قولها".

الدين فيصح، كما لو وكّله بالشراء حقيقة وبيّن الثمن.

وإذا صحّ التوكيل، فإن صالح الوكيل على عبد بغير عينه لايجوز؛ لأنّ الموكل لو باشر العقد على هذا الوجه كان فاسداً؛ لما عرف أن الحيوان لايجب ديناً في الذمّة بدلاً عن ماهو مال. فكذا إذا فعل الوكيل، ولو صالح على عبد بعينه جاز كما لو صالح الموكل، إلا أن عقد الموكل يصح، قلّت قيمة العبد أو كثرت؛ لأنه يتصرف بحكم الملك.

وفي صلح الوكيل بنظر: إن كانت قيمة العبد مثل الدية أو الدين أو أقل من ذلك قدر ما يتغابن الناس فيه يجوز، وإلاّ فلا؛ لأنه وكيل بالشراء.

وكذا لو دفع عبداً إلى رجل، وقال: بع عبدي هذا بعبد، أو قال: اشتر لي به عبداً، فاشترى به عبداً بغير عينه لايجوز لما قلنا، وإن اشترى عبداً بعينه، إن كانت قيمة المشترى مثل قيمة عبد الموكل أو أقل منه قدر ما يتغابن الناس فيه يجوز، وإلاّ فلا.

قيل: هذا قولهما؛ لأن عندهما لايتحمل الغبن الفاحش من الوكيل سواء كان وكيلاً بالبيع أو بالشراء، أما على قول أبي حنيفة يتحمل منه [الغبن][1] الفاحش كما يتحمل من الوكيل بالبيع.

وقال بعضهم: إن كان الموكل قال: "بع عبدي هذا[2] بعبد" يتحمل منه الفاحش عنده، وإن قال: "اشتر لي عبداً بهذا العبد" لايتحمل منه الفاحش، ويعتبر وكيلاً بالشراء، وقال بعضهم: لايتحمل الفاحش في مسألتنا.

والمذكور في الكتاب قول الكل، وهو الصحيح؛ لأنه وكله بالمقايضة، وكل واحد

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٢) "هذا": ساقط من (ج) و (د).

من العاقدين في بيع المقايضة يعتبر مشترياً مال صاحبه، ولهذا لو تبايعا داراً بدار، كان لكل واحد منهما الشفعة فيما اشترى، وإنما يتحمل الفاحش من الوكيل في قول[1] أبي حنيفة إذا باعه بالدراهم أو بالدنانير؛ لأنه بيع من كل وجه.

وإن باعه بعشرة أثواب هروية فكذلك، سوآء كانت الأثواب بعينها أو بغير عينها، أما إذا كانت بعينها فلما قلنا في البيع بعبد، وأما إذا كانت بغير عينها فلان الثياب لاتثبت في الذمة بدلاً عن المال إلآ سلَما. ولهذا يراعى فيها شرائط السّلم من الأجل ونحوه، فكان مبيعاً.

فإن باع بمكيل أو موزون بعينه فكذلك، وإن باعه بمكيل أو موزون بغير عينه اختلفوا فيه على قول أبي حنيفة، قال بعضهم: يتحمل الغبن[2] الفاحش، وقال بعضهم: لايتحمل.

والإجارة فيما ذكرنا بمنزلة البيع؛ لأن المنافع التحقت [بالأعيان][3] والأموال، ولهذا تصلح صداقاً، فلايثبت الحيوان بدلاً عنها في الذمة، ويعتبر أجر المثل، ولايتحمل الغبن الفاحش، وقيل: على قول أبي حنيفة يتحمل.

---

(١) في (ج) و (د): "عند أبي حنيفة".

(٢) "الغبن": ساقط من (ج) و (د).

(٣) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

باب المضاربة تنفسخ بالفدى والثمن ولاتنفسخ بالنفقة والجعل

في الباب فصول أربعة: الجناية، والشراء، والنفقة، والجُعل[1].

وبنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن المضارب لايبقى مضاربا فيما ضمن لوجهين:

أحدهما: أن المضاربة أمانة، فإذا صار ضميناً لايبقي أميناً لمكان التنافي.

والثاني: أن "المضارب" من يستحق الأجر بعمله لا بالمال، وإذا ضمن ملك المضمونَ بالضمان لا بالعمل، فتبطل المضاربة ضرورة، ويكون المضمون له خاصة، ورب المال إذا ضمن إن ضمن ضماناً هو من التجارة كضمان الثمن ونحوه لاتبطل المضاربة، وإن ضمن بما ليس من التجارة والشراء كضمان الجناية تبطل المضاربة؛ لأن المضاربة تجارة، فضمان التجارة يكون ملائما لها، أما الجناية ليست بتجارة، فضمانها لايكون ملائماً للتجارة.

وحقيقة الفقه في ذلك أن ضمان التجارة لايخرج المضمون من أن يكون ملكاً لرب المال بعقد المضاربة، فلايخرجه من المضاربة، أما ضمان الجناية يجعل المضمون ملكاً له

---

(١) "الجُعل": عرّفه الجرجاني بأنه ما يجعل للعامل على عمله. « فالجعل هو الأجر الذي يأخذه الإنسان على فعل الشيء، وما يعطاه المجاهد ليستعين به على جهاده، وبمعناه الجعالة. انظر التعريفات» ص ١٠٤، «التعريفات الفقهية» لمفتي عميم الإحسان ص ٢٥٠.

بضمان الجناية معنى، فيخرجه من أن يكون مستفاداً بعقد المضاربة ضرورة.

والثاني: أن مؤنة الملك تدور مع الملك.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: رجل دفع إلى رجل ألفاً مضاربة بالنصف، فاشترى المضارب بها عبدا يساوي ألفي درهم، فقتل العبد رجلاً خطأ لم يدفع العبد بالجناية حتى يحضر المضارب وربّ المال؛ لأن نصف الربح للمضارب، فكان العبد مشتركاً بينهما، ربعه للمضارب، والباقي لرب المال، فلاينفرد أحدهما بالدفع.

ولايقال: بأن ولاية التصرف في مال المضاربة للمضارب، فينبغي أن ينفرد بالدفع، كالعبد المأذون له إذا جنى عبدٌ من اكسابه جناية، كان له أن يدفعه بالجناية.

لأنا نقول: المضارب يتصرف بحكم النيابة والأمر، ولهذا يرجع بالعهدة على رب المال، فلايتصرف إلاّ بما فوض إليه، وأنه فوّض إليه التجارة، والدفع ليس بتجارة؛ لأن المقصود من التجارة الاسترباح، والدفع إتواء، فلايملكه المضارب.

أما العبد المأذون يتصرف بحكم الاصالة، والتحق بالأحرار في التصرفات المالية سوى التبرّع، ألا ترى أن المأذون[1] يملك الفدىَ من كسبه، والمضارب لايملك الفدى من مال المضاربة.

فإن حضرا ودفعاه بالجناية بطلت المضاربة لهلاك رأس المال لا إلى خلف، فإن اختار الفدى[2] كان الفدى عليهما أرباعاً، الربع على المضارب، والباقي على ربّ المال؛ لأن الفدى مؤنة الملك، والعبد بينهما أرباعا، فكذلك الفدى كالزكاة، ويخرج العبد عن

---

(١) قوله: "أن المأذون" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

(٢) كذا في الأصل، وفي (ا) و (ب). وجاء في (ج) و (د): "وإن فدياه كان الفدى".

المضاربة حتى لايكون للمضارب أن يبيع نصيب ربّ المال إلاّ بإذن مستأنف[1] ، لأن العبد كان مستحقا بالجناية لايسلم لهما الا بالفدى، فإذا فدياه فإنما يسلم لكل واحد منهما نصيبه بالفدى ، وضمان الفدى ليس من المضاربة، ولهذا لا يكون للمضارب أن يفدي من مال المضاربة، فصار كل واحد منهما مشتريا متملكا بالفدى، فلا يكون للمضاربة.

فإن قال أحدهما: أنا أدفع نصيبي، وقال الآخر: أنا أفدي[2] نصيبي، كان لكل واحد منهما ما شاء؛ لأن كل واحد منهما متصرف في ملك نفسه كما في العبد المشترك.

وإن اشترى المضارب بمال المضاربة عبدا يساوي الفا، فجنى جناية كان خطاب الدفع والفدى على رب المال خاصةً ، لأنه إذا لم يكن في المال ربح كان كل العبد له، وأيّا ما كان اختار يخرج العبد عن المضاربة لما قلنا.

الفصل الثاني في الشراء:

لوتصرف المضارب في مال المضاربة حتى بلغ ألفي درهم، واشترى بها عبداً، ولم ينقد الثمن حتى هلك المضاربة[3]، كان للبائع أن يحبس العبد لاستيفاء الثمن، ويكون الثمن على رب المال والمضارب أرباعاً؛ لأن مال المضاربة إذا بلغ ألفي درهم ملك المضارب نصفَ الربح خمس مائة، ولرب المال ألف وخمس مائة.

فإذا اشترى بالمال المشترك عبداً يثبت لهما ملك العبد أرباعاً، فيكون الثمن عليهما بقدر ملكهما، ينقد المضارب من نفسه خمس مائة، يرجع على رب المال بألف وخمس مائة؛ لأنه اشترى له ثلاثة ارباع العبد بأمره وتوكيله.

(١) في (ج) و (د): "جديد"، والمثبت من الأصل ومن (ا) و (ب).

(٢) كذا في (ا) و (ب) ،(ج) و (د)، وفي الأصل: "أنا أدفع".

(٣) في (ج) و (د): "هلك المال".

فإذا هلك المال المدفوع إليه يرجع على رب المال بثمن ما اشترى له، كما يرجع الوكيل بالشراء على الموكل إذا هلك الثمن، ويخرج ربع العبد عن المضاربة؛ لأن المضارب استحق ربع العبد بالضمان، فيخرج ذلك عن المضاربة، ويبقى ثلاثة أرباع العبد للمضاربة؛ لأن ربّ المال ملك ثلاثة أرباع العبد بشرآء المضارب وتجارته، وضمان الثمن لايُبطل المضاربة بل يقرّرها.

ألاترى أنه لوكان في يد المضارب مال آخر من المضاربة، كان له أن ينقد ثلاثة أرباع الثمن من ذلك المال[1]، بخلاف الفدى؛ لأن ضمان الفدى لايوجبه شراء المضارب وتجارته، فلم يكن ذلك من أحكام المضاربة، ويكون رأس ماله ألفين وخمس مائة؛ لأن ربّ المال دَفَع[2] مرةً ألفاً، ومرةً ألفاً وخمس مائة بحكم المضاربة، فيكون رأس ماله ألفين وخمس مائة.

فإن بيع بعد ذلك، يكون رُبع الثمن للمضارب خاصة؛ لأنه بدل ملكه، يبقى ثلاثة أرباع الثمن، يدفع ربّ المال من ذلك ألفين وخمس مائة، فإن فضل شيء يكون بينهما؛ لأنه ربح فيكون على ماشرَطا.

ولو اشترى بألف المضاربة عبداً يساوي ألفاً، فجنى جنايةً، ففداه المولى، يخرج عن المضاربة؛ لأنه استحقّه بضمان الفدى، وضمان الفدى ليس من التجارة، وإنّ فداه المضارب من ماله كان متطوعاً لأنه أمين بمنزلة المودع.

---

(١) "المال" ساقط من (ج) و (د).

(٢) قوله: "لأن رب المال دفع". ساقط من من الأصل، وجاء في (ج) و (د): "لأنه دفع ربّ المال" وما أثبت من (ا) و (ب) أصح.

ولو اشترى بألف المضاربة[1] عبداً يساوي ألفاً فهلك مال المضاربة في يد المضارب، يرجع المضارب على ربّ المال بجميع الثمن؛ لأنه ليس في قيمته فضل على رأس المال، فيكون كل العبد لربّ المال فكان الثمن عليه، ويصير رأس ماله ألفي درهم لما قلنا.

الفصل الثالث: فصل النفقة:

رجل دفع مضاربةً ألفاً بالنصف، فاشترى المضارب بها جاريةً تساوي ألفي درهم، واحتاجت إلى النفقة، فإن نفقتها تكون على ربّ المال خاصة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أنها تكون عليهما أرباعاً بقدر الملك اعتباراً بالثمن والفدى.

وجه ظاهر الرواية أن ملك المضارب في الربح قبل القسمة متردّد غير مستقرّ، ألا ترى أنه لو انتقصت قيمتها فصارت الفاً كانت الجارية كلها لربّ المال، فلو وجبنا عليه النفقه لأوجبنا عليه النفقةَ لمال الغير، وهو ممتنع.

أما ملك ربّ المال متقرّر، وهو أصل، وملك المضارب تَبع؛ لأن الربح تَبع لرأس المال، ولهذا لو هلك شيء من المال يصرف إلى الربح، بخلاف ضمان الفدى؛ لأن الفدى وضمان الثمن يخرج نصيبه عن المضاربة، فكان بمنزلة القسمة، أما النفقة لاتقرر الملك؛ لأنها لاتجب بدلاً عن الرقبة، ولاتقابل الملك، بل تقابل المنفعة، ولهذا تجب النفقة على المستعير.

ولو كان العبد موصى بخدمته لرجل، وبرقبته لآخر كانت النفقة على صاحب الخدمة، ولأن لربّ المال أصل مال، فلو أوجبنا النفقة عليه تلتحق برأس ماله؛ لأنها من توابع التجارة، ولهذا تلتحق بالثمن في بيع المرابحة، فلو أوجبنا عليه النفقة لايكون غرماً

---

(١) قوله: "بألف المضاربة". ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

محضاً، أما المضارب ليس له أصل تلتحق النفقة به، فلو وجبت عليه النفقة كان غُرما محضا.

الفصل الرابع: فصل الجُعْل[1]:

وهو بمنزلة النفقة، حتى أن عبد المضاربة إذا أبق، وفيه ربح، فردّه رجلٌ من مسيرة سفر، كان الجعل على ربّ المال خاصة؛ لأن الجعل لايقابل الرقبة، فإن رادّ الآبق لايستحق الرقبة بحالٍ ما، فكان بمنزلة النفقة، بخلاف الفدى لأن وليّ الجناية يستحق الذات.

ـ والله أعلم ـ[2]

(١) الجُعل: ما يجعل للعامل على عمله. «التعريفات» للجرجاني ص ١٠٤.

(٢) إلى هنا انتهى المجلد الأول من الكتاب في معظم النسخ، ووردت العبارة التالية في النسخة المعتمدة عليها التي نسخت من نسخة المصنف رحمه الله:

«تمّ كتاب الوكالة، وبه يتمّ الدفتر الأول من الكتاب، ويتلوه كتاب الشهادات، وهو رأس الدفتر الثاني. اتفق الفراغ من إتمامه على يدي العبد العاصي الراجي فضل ربه وغفرانه عبد الكريم بن دهقان بن عمر الخوارزمي المعروف بالحلبي، عشية يوم الأربعاء السابع والعشرين من ذي الحجة، سنة إحدى وسبعين وخمس مائة، بكورة بخارى، من أصل المصنف رحمة الله عليه».

الوجه الثاني من اللوحة ٢٨٥.

وجاء في نسخة (ا): تمّ المجلد الأول من كتاب الزيادات بحمد الله تعالى وعونه، ونسأل الله العون والتمام.

كتاب الشهادات[1]

باب من الوارث الذي يقضي له القاضي ولايعلم سببه ولاما يشهد[2] به الشهود

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن جهالة المشهود به تمنع[3] صحة الشهادة[4]؛ لأن المقصود من الشهادة القضاء، والقضاء[5] إلزام، وإلزام المجهول لايتحقق[6].

والثاني: أن القاضي لايقضي بدليل فيه شبهة[7]، ولاينقض قضاؤه بدليل فيه

(١) من هنا يبدأ المجلد الثاني في معظم النسخ، وجاء في (ا) و (ب): بسم الله الرحمن الرحيم، ربّ يسّر وسهّل بالتمام.

(٢) في (ا): "وما يشهد به".

(٣) في (ا) و (ب): "يمنع" وهو خطاء.

(٤) انظر «الهداية» و«فتح القدير» ٧/ ٣٦٢ و ٣٦٩.

(٥) في (ج) و (د): "وإنه إلزام"، وما ثبت من (ا) و (ب).

(٦) راجع: «المبسوط» ١٦/ ٩٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٧٧.

(٧) انظر «بدائع الصنائع» ٧/ ١٤.

شبهة[1]؛ لماعرف أن الثابت لايبطل بالشك، وغير الثابت لايثبت بالشك.

وفي الباب فصلان: أحدهما في القضاء[2]، والثاني في افضاء القضاء[3].

أما الأول: قال محمد رحمه الله: رجلان شهدا أن هذا الرجل وارث فلان الميت، لاوارث له غيره، ثم ماتا، أو غابا قبل أن يسألهما القاضي عن السبب، لاتُقبل شهادتهما[4]؛ لأنهما شهدا بالوراثة، وأسباب الوراثة كثيرة، وأحكامها مختلفة اختلافا فاحشا، فمنهم مَن هو حاجب لغيره، ومنهم من هو محجوب، فكان المشهود به مجهولا، وجهالة المشهود به تمنع القضاء[5].

يوضحه أنه لوقضى له القاضي[6]، ثم جاء آخر، وادّعى أنه ابن الميّت أو أبوه أو زوجها أو زوجته، لايدري بماذا يقضي[7]، بخلاف ما لوشهدوا بملك عَين أو دَين مطلق

---

(١) ذكره العلامة ابن نجيم نقلا عن شهادة «الظهيرية» بقوله: "القضاء محمول على الصحة ما أمكن، ولاينتقض بالشك". «الأشباه والنظائر» ص ٢٦٢.

(٢) في (ا) و (ب): "ابتداء القضاء".

(٣) في (ج) و (د): "الامضاء"، والمثبت من الأصل و من (ا) و (ب).

(٤) انظر: «فتح القدير» ٧/ ٤٢٩، «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٨٤، ٣٨٥، «الفتاوى البزازية» بهامش «الفتاوى الهندية» ٥/ ٢٩٤.

(٥) «فتح القدير» ٧/ ٣٦٢ و ٣٦٩، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٧٧.

(٦) جاء في (ا) و (ب): "أن القاضي لو قضي له".

(٧) قال ابن الهمام: يحتاط القاضي، وينتظر مدة، هل له وارث آخر ثم يقضي بكله. «فتح القدير» ٧/ ٤٢٩، و«الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٨٤، ٣٨٥.

حيث يقبل؛ لأن المشهودبه ملك العين وملك الدين، وذلك معلوم، أما الشهادة بالوراثة شهادة بسبب مجهول، فلا تقبل[١].

وكذا لوشهدوا أنه مولاه، ووارثه، لانعلم له[٢] وارثا غيره، لاتقبل[٣]؛ لأن اسم "المولى" مشترك يتناول الناصرّ، و[مولى للعتاقة][٤] الأعلى والأسفل، ومن الناس من يورث الأسفل، ويتناول مولى الموالاة، ألاترى أنه لوجاء اخر، وادّعى مثل ذلك، لايدري القاضي بماذا يقضي، فلا بد من البيان.

فإن شهدوا أنه مولاه أعتقه، وهو وارثه لانعلم له وارثا غيره، قُبلت[٥] لزوال الاشتباه[٦]، وقولهم "لانعلم له وارثا غيره"؛ لإسقاط التلوّم عن القاضي، لا مِن نفس الشهادة؛ لأنه نفي.

ولو شهدوا أنه أخوه، ووارثه، لاتقبل شهادتهم[٧] حتى يقولوا "أخوه لأبيه وأمه"، أو "لأبيه أو أمه"؛ لأن الأخ قد يكون من الرضاع، وقديكون من حيث الدّين، وقد يكون

(١) راجع شروط السبب في الإرث في «ردّ المحتار» ٤/ ٤٣٥.

(٢) في (ج) و (د): "لايعلم له"، وهو خطأ، كما سيأتي في الفقرة التالية.

(٣) راجع «الفتاوى البزازية» ٥/ ٢٩٤.

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ا) و (ب)، وثبوته أصح.

(٥) في (ا) و (ب): "قبل القاضي شهادتهم".

(٦) انظر «الفتاوى البزازية» ٥/ ٢٦٤ ايضا «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٨٤-٣٨٥.

(٧) "شهادتهم" ساقط من (ج) و (د).

من حيث النسب[١]، والأخ من النسب مجهول. فمنهم من يكون عصبة، ومنهم من يكون صاحب فرض، فلا بد من البيان[٢].

ولو شهدوا أنه عمه أو ابن عمه، لا بدّ أن ينسبوا الميّت والوارث[٣] حتى يلتقيا إلى أب واحد، ثم يبيّنوا أنه عمّه لأبيه وأمه، أو لأبيه، وأنه وارثه، لاوارث له غيره.

ولو شهدوا أنه أبوه أو ابنه، أو شهدوا أنها أم الميّت، أو ابنته، لايعلمون له وارثا غيرها، جازت هذه الشهادة[٤]؛ لأن الأبوّة والبنوّة معلومة لاتختلف، ولم يذكر في الكتاب في هذا الفصل "وهو وارثه"، وهذه الزيادة يشترط ذكرها فيمن يحجب بغيره بالاتّفاق.

وهل يشترط ذكرها لقبول الشهادة فيمن لايحجب بغيره، كالأب والابن ونحوهما؟ اختلفوا[٥]، قال بعضهم: يشترط؛ لأن الأب والابن قد يكون من النسب، وقد يكون من الرضاع، فلا بد أن يقولوا "ووارثه" حتى يزول الاشتباه، كما في الأخ ونحوه[٦].

ومنهم من أبى اشتراط هذه الزيادة فيمن لايحجب، وهو المختار؛ لأن الأب والابن من الرضاع، لايذكر أباً وابناً مطلقاً، وإنما يذكر مقيّدا بقيد الرضاع، فلايشترط أن يقولوا:

---

(١) "حيث" سقط في (ا) و (ب).

(٢) راجع «الفتاوى البزازية» على هامش «الفتاوى الهندية» ٥/ ٢٩٤.

(٣) المرجع السابق.

(٤) راجع «الفتاوى البزازية» على «الفتاوى الهندية» ٥/ ٢٩٤.

(٥) راجع للتفصيل «فتح القدير» ٧/ ٤٢٩. «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٨٦

(٦) "نحوه" ساقط من (ج) و (د).

"وارثه"[1]، ولو ذكروا كان أحوط، وأبعد عن الخلاف[2].

ولو شهدوا أنه ابنه، أو بنت ابنه[3]، أوجده أبو أبيه، أو جدته أم أمه، [أو أم أبيه][4] يشترط أن يقولوا: "وارثه"؛ لأن هؤلاء يحجبون بغيرهم[5].

وإن شهدوا أنه جدّه أبوأبيه، ووارثه لاوارث له غيره، أو شهدوا أنه أخوه لأبيه وأمه، ووارثه لاوارث له غيره، جازت الشهادة، ولايشترط في شيئ من هذا ذكر الأسماء إذا قالوا: "لأبيه وأمه أو جدّه أبوأبيه ووارثه لاوارث له غيره"[6]، كفي ذلك، وإن لم يذكروا أسماؤهم، جازت الشهادة[7]؛ لحصول الإعلام بدون الاسم[8].

فإن قضى القاضي أنه جدّ الميت أبو أبيه، ووارثه، ثم جاء آخر، وأقام البينة أنه

---

(١) في (ا) و (ب): "ووارثه".

(٢) قال «الفتاوى الهندية» المسألة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة اما اذا ثبت الدين والارث بالا قرار فيؤخذ، لكفيل، لاتفاق ٣/ ٣٢٧.

(٣) قوله: "أو بنت ابنه" ساقط من (ا) و (ب) و(ج).

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب)، وثبوته أولى.

(٥) راجع «فتح القدير» ٧/ ٤٢٩.

(٦) سقطت عبارة طويلة في (ج) و (د) من قوله: "أو شهدوا أنه أخوه" إلى قوله: "لاوارث له غيره"، وثبتت في (ا) و (ب).

(٧) قوله: "جازت الشهادة" ساقط من (ا) و (ب).

(٨) انظر «الفتاوى البزازية» ٥/ ٢٩٤.

أبو الميت، يقضي القاضي ببينته[1]؛ لأنه يجوز أن يكون الأول جداً، والثاني أباه، ويجعل الميراث للثاني، ويبطل قضاؤه بالميراث للأول؛ لأن الجد يحجب بالأب.

فإن قال الأب الذي أقام البينة أنه جد الميت[2]: "ليس بأب لي، فمُرْهُ حتى يعيد البيّنة علي"[3]، فإن القاضي لايجيبه، ولايكلّف الأول إعادة البينة؛ لأن الأول أقام البينة على خصمٍ، فنفَذ قضاء القاضي ببينته، إلا أنه انتقض ذلك القضاء في حق الميراث، فلا يبطل القضاء بالنسب.

وكذا لو كان مكان الجد أخ، فقضى القاضي له بالأخوة والميراث، ثم جاء آخر، وادعى أنه ابن الميت، وأقام البينة، قُبلت بينته[4]، وبطل القضاء الأول بالميراث، ولايبطل القضاء بالأخوة؛ لأن القاضي قضى بأخوة الأول[5] بشهادة العدل على خصمٍ حاضرٍ بشرطها، وهو دعوى الميراث، فلا يبطل ذلك، وإن بطل القضاء بالميراث، ليكون الانتقاض بقدر الناقض.

---

(١) في (ج) و (د): "قضى ببينة".

(٢) قوله: "الذي اقام البينة أنه جد الميت" ساقط من (ج) و (د)، وفيه: "قال الأب أن الأول ليس..

(٣) في (ج) و (د): "البينة عليه"، وهو خطأ.

(٤) انظر «الفتاوى البزازية» على هاش «الفتاوى الهندية» ٥/ ٢٦٤.

(٥) في (ا) و (ب): "قضى بالأخوة للأول".

ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في هذه الفصول[1] لأن النسب يحتاط في إثباته فجاز إثباته[2] بكتاب القاضي، إلا أن القاضي المكتوب إليه يَنظر في الكتاب[3]، فإن كانت الشهادة المكتوبة في الكتاب على صفة لو شهدوا بين يديه لاتقبل، لاينفذ الكتاب[4]؛ لأن القاضي الكاتب ينقل بكتابه عبارةَ الشهود إلى مجلس القاضي المكتوب إليه، فيعمل القاضي المكتوب إليه[5] بتلك الشهادة، مايعمل بالشهادة القائمة بين يديه.

الفصل الثاني :

رجل مات، فأقام رجل البينةَ أنه وارثه، وأن قاضي بلد كذا فلان ابن فلان قضى بأنه وارثه، لاوارث له غيره[6]، وقالوا: ما شهدنا على قضائه[7]، ولاندري بأيّ سبب قضى بورَاثته، فإن القاضي يسأل المدّعي عن السبب الذي قضى به.

وهذا السؤال ليس بشرط لتنفيذ ذلك القضاء، فإنه لو لم يسأل، ينفذ القضاء

(١) راجع «فتح القدير» ٧/ ٢٦٩ وراجع ايضا ٧/ ٤٣٧ . وتقبل الشهادة في النسب وكتاب القاضي الى القاضي.

(٢) قوله: فجاز إثباته" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ا) و (ب): "ينظر في ذلك".

(٤) في (ا) و (ب): "لا يقبل الكتاب".

(٥) قوله: "فيعمل القاضي المكتوب إليه" ساقط من (ج) و (د)، وثبوته أولى.

(٦) راجع «الفتاوى البزازية» على هامش «الفتاوى الهندية» ٥/ ٢٩٤ .

(٧) «بدائع الصنائع» ٧/ ٦ . «فتح القدير» ٧/ ٤٢٧ .

أيضاً[1]؛ لأن قضاء القاضي محمول على الصحة ؛ وإنما يسأل صيانةً لقضائه، ونظراً لمن يجيء بعده[2]، حتى لو جاء آخر، وادعى أنه وارث، يعرف القاضي أنه حاجب للأول، أو محجوب به.

فإن أخبره بسبب يكون وارثاً من أخوّة، أو عمومة، أو ولاء عتاقة، أو ولاء[3] موالاة، قضى القاضي له بالميراث، ولايقضي بالسبب الذي ذكر ؛ لأنه لم يوجد على السبب إلا مجرّد الدعوى، لكن لما احتمل أن القاضي الأول قضى بذلك، أنفذ الثاني قضاء الأول، ولايبطله حتى يستيقن بفساده.

فلو أن هذا القاضي قضى له بالميراث، وأمضى قضاء الأول، ثم جاء آخر[4]، وأقام البينة على سبب أقوى من الأول، بأن ذكر الأول أنه جدّ الميت أبو أبيه، ثم جاء آخر، وأقام البينة أنه أبو الميت، قضى القاضي بالميراث للثاني ؛ لأن المدعي الأول لما بيّن السبب، فقد أقرّ أنه محجوب بمن كان قبله، فيؤاخذ بإقراره.

وإن ذكر الثاني سبباً أبعد من الأول، لايقضي للثاني[5]؛ لاحتمال أن القاضي الأول قضى للأول بالسبب الذي ذكره، وصيانة القضاء واجب، فلايجوز إبطاله مالم يستيقن

---

(١) "أيضا" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) لأن القضاء النافذ لايجوز إبطاله بطريق المعارضة، راجع للتفصيل «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٨٦-٣٨٧.

(٣) "ولاء" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) كذا في (ا) و (ب) و(ج) و (د) وفي الأصل: "جاء آخر".

(٥) والتفصيل في «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٨٧.

بفساده.

وإن ذكر الثاني سبباً يزاحم الأول[1]، بأن كان الأول ذكر أنه ابن الميت، ثم جاء الثاني، وأقام البينة أنه أبو الميت، فإن القاضي يجعل للثاني سدس المال، ويكون الباقي للأول، كما لو ثبت ذلك عياناً.

وإن كان الأول ذكر أنه أبو الميت، فجاء الثاني، وأقام البينة أنه أبو الميت، فإن القاضي يقضي بالميراث للثاني[2]؛ لأن أبوّة الثاني ثبتت بالبينة، وأبوّة الأول عند هذا القاضي ثبتت بخبره، لا بالبينة، فكان الأول[3] أولى؛ لأن الأب في الحقيقة أحدهما، إلا أن عند[4] استواء الحجة، يجعل الميراث بينهما لتعذّر الترجيح، ولامساواة ههنا، لما ذكرنا.

واستوضح هذا برجلٍ أقام البينةَ أنه أب الميت، ووارثه، وقضى القاضي[5] له بالميراث، ثم جاء آخر، وأقام[6] البينة أنه أبو الميّت، ووارثه، فإن القاضي لايلتفت إلى الثاني، ولايجمع بينهما، لأن الأب لايتعدّد، وبيّنة الأوّل اتصل[7] بها قضاء القاضي،

---

(١) راجع «المبسوط» ١٧/ ٤٥.

(٢) المرجع السابق.

(٣) في (ا) و (ب): "فكان الثاني".

(٤) "عند" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "القاضي" ساقط من (ا) و (ب).

(٦) في (ا) و (ب): "أقام آخر البينة".

(٧) كذا في النسخ الأخرى، وفي الأصل: "اتصلت" وهو خطاء.

وبينة الثاني لم يتصل بها قضاء القاضي، فلاتعارضها بينة الثاني[1].

فلوأن القاضي سمع بينته في مسألتنا، ولم يقض بها، حتى أقام الأول بينة أنه أبو الميّت، قضي بالميراث بينهما لاستوائهما في الحجّة.

ولو أن القاضي قضي بالميراث للثاني، أو لم يقض، ثم أقام الأول البينة[2] أن القاضي الأول كان[3] قضى له بالميراث بسبب الأبوّة، فإن القاضي الثاني يقضي بالميراث للأول، لأن قضاء القاضي الأول[4] بالأبوّة ثبت عند القاضي الثاني بالبينة، فصار كما لو ثبت عَياناً، و[لو ثبت عَيانا][5] لايزاحمه الثاني، كذلك ههنا[6].

والجواب في وَلاء العَتاقة في جميع ذلك كالجواب في الأبوّة، لأن الشخص الواحد كما لايتصوّر أن يكون ابنا لرجلين، لايتصوّر أن يكون مُعتق رجلين علي وجه الكمال، فكان الولاء بمنزلة الأبوّة: إن سبق الحكم لأحدهما كان هو أولى، وإن اجتمعا يقضي القاضي بينهما[7].

---

(١) انظر تفصيل هذه المسألة في «فتح القدير» ٧/ ٤٣٠. وايضا كتاب «المبسوط» ١٧/ ٤٦.

(٢) كذا في الأصل، وفي (ا) و (ب): "حتى أقام الأول البينة"، وفي (ج) و (د): "ثم أقام البينة".

(٣) "كان" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) وجاء في (ا) و (ب): "قضاء القاضي الأول للأول".

(٥) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل و من (ج) و (د)، وأثبتناه من (ا) و (ب).

(٦) كتاب «المبسوط» ١٧/ ٤٤.

(٧) كتاب «المبسوط» ١٦/ ١٥١.

ولو كان المقضيّ له الأول، ادّعى أنه ابن الميّت، ثمّ جاء آخر، وأقام البينة أنه ابن الميّت، قضى بالميراث بينهما، لأنه لاتنافي بينهما.

ولو أقامت امرأة البينة أنها ابنة الميّت، قضى لها بثلث الميراث، والقضاء بالبنوّة للأول لايمنع القضاء للثاني لإمكان الجمع بينهما.

ولو ذكر الأول أنه أب الميّت، أو ذكر أنه ابن الميّت، وجاء آخر، وادّعى أنه أخو الميّت، لاشيء للثاني، لأن الأخ لايرث مع الإبن[1]، وابن الإبن وإن سفل، ومع الجدّ علي الخلاف المعروف بين أصحابنا[2].

ولو أقامت امرأة البينة أن قاضي بلد كذا، فلان ابن فلان، قضى بأنها وارثة الميّت، لاوارث له غيرها، وطلبت من القاضي تنفيذ القضاء، فإن[3] القاضي الثاني ينفذ قضاء الأول، لما ذكرنا في جانب الرجل، فإن المرأة قدترث جميع المال بولاء العتاقة ونحو ذلك[4].

وكذلك البنت والأخت ترث كل المال[5]، النصف بحكم الفرض، والباقي بحكم الردّ، فلعلّ القاضي الأول قضى لها بالميراث بذلك السبب، فكان على القاضي الثاني تنفيذ

(١) في (ا) و (ب): "مع الأب والإبن".

(٢) في السراجيه في الميراث ١٤. وبنالاعيان والعلا ت كلهم يسقطون، لابن وابن الان وان سفل.

(٣) في (ا) و (ب): "كان للقاضي الثاني".

(٤) عين المصدر.

(٥) راجع السراجية في الميراث حالة البنت والاخت "رد في كتاب الله. فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وان كانت واحدة فلها النصف (النساء) ركوع ٢.

ذلك القضاء.

فإن أقام رجل البينة بعد ذلك أنه ابن الميّت، أو أبوه، أو أقامت المرأة البينة أنها زوجة الميّت، يسأل القاضي المرأة الأولى عن سبب ميراثها، فإن زعمت أنها ابنة الميّت، يعاملها القاضي الثاني بقولها، كأنها ابنة معروفة؛ لاحتمال أنها صادقة في دعوي السبب، فلاينقض القضاء الأول بالشك.

فالحاصل أن القاضي الثاني[1] إذا نفذ القضاء[2] الأول، ولم يسئل عن السبب، ثم جاء آخر، وأقام البينة على السبب، فإن القاضي يسأل الأول عن سببه:

إن ذكر سبباً لايرث معه مَن أقام البينة، لم يكن لمقيم البينة - وهو الثاني - شيء، ويجعل الأول صادقا.

وإن ذكر الأول سببا لايرث هو مع مقيم البينة، كان الميراث لمن أقام البينة.

وإن ذكر الأول سببا يجتمعان في الميراث، يجمع بينهما، وإن كان لايتصوّر الجمع، يقضي بالميراث لمقيم البينة؛ لأن سببه عند هذا القاضي ثبت بالبينة، وسبب الأول لم يثبت[3].

---

(١) "الثاني" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ا) و (ب): "قضاء الأول".

(٣) قال في «الفتاوى الهندية»: ما يجب اعتبارة في هذالباب شيئان احدهما ان قضاد القاضي متى اعتمد سببا صحيحا ثم بطل السبب من بعد لا يبطل القضاء واذا ثبت عدم السبب من الاصل بعد وجودة من حيث الظاهر فكذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله الأخر وعند ابي يوسف رحمه الله الاول وهو قول محمد رحمه الله يبطل القضاء. ٣/ ٣٣٣.

فإن كان الأول معتوها أو صغيرا لايقدر على البيان، أو مات قبل البيان، [1] يجعل القاضي للأول أفضل الأنصباء، ويقضي للثاني بأقلّ مايكون، ويجعل الأول ممن لايحجب بغيره، حتى لو كان الأول ذكراً، يجعله ابنا.

فإن جاء الثاني، وأقام البينة أنه أبو الميّت، يجعل للثاني سدس المال، لأنه أقل ما يكون للابن[2]، ولو كان الثاني زوجة الميت، يعطيها الثمن؛ لأنه أقلّ أنصباء المرأة.

وإن كان الثاني ممن يحتمل السقوط نحو الأخ والعمّ، يجعله ساقطا بالأول، وإن كان الأول امرأة، يجعلها ابنة الميت، ويجعل لها جميع المال بالفرض والردّ.

فإن جاء آخر، وادّعي أنه أخو الميت أو ابن الميت، يجعل الميراث بين الأول والثاني، ولايقضي القاضي حتى يعلم أنه بأيّ سبب يقضي، ولاينقض قضاء قد سبق بالشك والاحتمال[3].

ـ والله أعلم ـ

---

(١) زاد في (ا) و (ب) هنا: "قال"، أي: قال محمد رحمه الله.

(٢) في (ا) و (ب) و(ج) و (د): "للأب".

(٣) وليراجع «فتح القدير» ٧/ ٤٢٩.

باب في[1] شهادة الوصيّ والوكيل قبل الخصومة وبعدها

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن من صار خَصماً في حادثة، بطلت شهادته فيها[2]؛ لقوله عليه السلام: «لا شهادة لخصم»[3].

---

(١) "في" سقط في (ا) و (ب).

(٢) وذلك لأجل التهمة التي تردّ بها الشهادة باتفاق الفقهاء، لأنه إذا كان خصما فشهادته تقع لنفسه، فلا تقبل، والخصم: كل من خاصم في حق، وخرّج الكاساني على هذا الأصل بأنه لاتقبل شهادة الوصي للميت واليتيم الذي في حجره، لأنه خصم فيه، وكذا شهادة الوكيل لمؤكله. راجع «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٧٢. «المبسوط» ١٦/ ١٢٠ وما بعدها.
وورد له ضابط في «الفتاوى الهندية» في ضمن مسألة: واذا شهد البائعان على الشفيع بتسليم الشفعة لا تقبل شهادتهما وإن كانت الدار في يد المشتري، لأنهما كانا خصمين في هذا الدار قبل التسليم إلى المشتري، ومن كان خصما في شيء لا تقبل شهادته فيه. ٥/ ١٨٨.

(٣) لم أجده بهذا اللفظ، إنما روى الحافظ عبدالرزاق عن الأسلمي عن عبدالله عن يزيد بن طلحة عن طلحة بن عبدالله بن عوف عن أبي هريرة قال: بعث رسول الله ﷺ مناديا في السوق أنه لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين قيل وما الظنين؟ قال: المتهم في دينه، المصنف لعبدالرزاق ٨/ ٣٢٠، الحديث: ١٥٣٦٥، ورواه البيهقي بسنده إلى طلحة بن عبدالله بن عوف أن رسول الله ﷺ بعث منادياً حتى انتهى إلى الثنية أنه لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين واليمين على المدعي عليه وقال: أخرجه أبو داود في المراسيل السنن الكبيرى ١٠/ ٢٠١.

والثاني: أن من انتَصَب خَصماً عن غائب، وقضى عليه، كان القضاء عليه قضاء على الغائب لقيامه مقامه[1].

وفي الباب فصول ثلاثة: فصل في شهادة الوصيّ، وفصل في شهادة الوكيل، وفصل في كيفية الخصومة.

أما الأول: قال محمد رحمه الله: رجل أوصى إلي رجل، ومات، فقبِل الوصي[2] الوَصاية، ولم يخاصم إلي القاضي في شيء حتى عزله القاضي، وجعل للميّت وصيّا غيره، ثمّ شهد الوصيّ الأول للميّت بشهادة في مال أو غيره، فشهادته باطلة[3].

أولا نقول: هذه المسألة رواية أن للقاضي أن يعزل وصيّ الميّت، وقال بعض مشايخنا: ليس له أن يعزل[4]، ولكن يضمّ إليه وصيّا، وإنما بطلت شهادته؛ لأنه لما مات الموصي، صار الوصيّ خَصما في حقوقه قائما مقامه؛ لأن الوصاية خلافة، فيتعلّق ثبوتها بفوات الأصل.

ولهذا لوتصرّف الوصي بعد موته قبل أن يعلم بالوصاية، نفذ تصرّفه، وإذا

رواه الإمام مالك رحمه الله في الموطأ موقوفا على عمر بلفظ: قال رسول الله ﷺ: «لاتقبل شهادة خصم ولاظنِّين»، وهو منقطع، ورواه الحاكم عن أبي هريرة مرفوعا، وانظر «نيل الأوطار» ٨/ ٢٩١.

(١) راجع «ردّ المحتار» ٤/ ٣٧٣.

(٢) في (ا) و (ب): "الموصى إليه".

(٣) انظر «فتح القدير» ٧/ ٣٩٧-٣٩٩.

(٤) راجع للتفصيل «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٤٠.

صار خصماً خرج من أن يكون شاهدا، فلاتقبل شهادته فيما صار خصما أبداً، كما لاتقبل شهادة الموصي لنفسه، وعزل القاضي إيّاه إخراج بعد الثبوت، وليس بإبطال من الأصل.

وإن كان الوصيّ لم يقبل الوصاية، ولم يردّ، حتى شهد للميت بمال عند دعوى بعض الورثة، يسأله القاضي[1]: أتقبل الوصاية أم تردّها؟ إن قبل بطلت شهادته؛ لأنه صار خصما من وقت الموت، وإن ردّ قبلت[2] شهادته لبطلان الوصاية من الأصل، كما لشفيعين إذا شهدا بالبيع يسألهما القاضي عن الشفعة، فإن طلباها بطلت شهادتهما، وإن سلّما الشفعة جازت شهادتهما، كذلك ههنا.

وإن لم يخبر الوصيّ بشيء، يتوقّف القاضي في شهادته؛ لأن حاله متردّد، وسبب الردّ، وهو الوصاية محتمل، فيتوقّف حتى يرتفع التردّد، ويستبين حاله.

وأما فصل الوكالة: فهو على وجهين:

أحدهما أن يكون خاصّاً، والآخر أن يكون عامّاً، والعامّ على نوعين: أحدهما أن يكون في الموجود[3]، دون الحادث بعد التوكيل، والثاني أن يتناول الموجود والحادث من الحقوق[4].

أما الأول: رجل وكّل رجلا بالخصومة في شيء، ثمّ أخرجه من الوكالة قبل أن

(١) انظر «ردّ المحتار» ٣/ ٣٤١.

(٢) كذا في (ا) و (ب) و(ج) و (د)، وفي الأصل: "قبل"، وما ثبت أصح.

(٣) في (ا) و (ب): "أن يتناول الموجود".

(٤) انظر تفصيل هذه المسلة في «فتح القدير» ٧/ ٣٩٩.

يخاصم عند القاضي، ثمّ إن هذا المعزول شهد لمؤكّله بما وكّل فيه[1]، جازت في قول أبي حنيفة، ومحمد، و[قول][2] أبي يوسف الأول، ولاتجوز في قول أبي يوسف الآخر، بناءً علي أن عند أبي يوسف بنفس التوكيل يصير قائما مقامه، حتى لو أقرّ على مؤكله في غير مجلس القاضي، يصحه إقراره[3].

وعندهما: بنفس التوكيل لايصير قائما مقام المؤكل، ولايصح[4] إقراره علي مؤكله في غير مجلس القاضي.

لأبي يوسف: أن المؤكل أقامه مقام نفسه في حياته، فيعتبر بالإنابة بعد الموت، وهو الإيصاء، وثمّة[5] يصير خصما قبل الخصومة، فكذلك ههنا.

ولهما: أن الوصاية خلافة، فيتعلّق ثبوتها بفوات الأصل، أما التوكيل ليس بإنابة، بل هو أمر بالخصومة، والخصومة لاتكون إلا في مجلس القضاء[6]، فما لم يخاصم لايصير خصماً.

ألاترى أن الإيصاء من الميّت لايقبل التخصيص؛ لأنه خلافه، والتوكيل يقبل،

---

(١) في (ا) و (ب): "وكله به".

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

(٣) راجع للتفصيل «فتح القدير» ٧/ ٣٩٨.

(٤) في (ا) و (ب): "حتى لايصح".

(٥) في (ا) : "وثم".

(٦) راجع تكملة «فتح القدير» ٧/ ٢٢٣.

ولاينفذ تصرّف الوكيل قبل العلم بالتوكيل، وينفذ تصرّف الوصيّ قبل العلم بالإيصاء[١].

وأما الوكالة العامّة في الموجود، دون الحادث، صورتها: إذا وكّل رجلا بالخصومة مع فلان في كلّ حق له قبَله، فهو توكيل بالحقوق القائمة[٢]، لا بما يحدث بعده، ثمّ هذا علي وجهين: إما إن كان مؤكّدا بعلم القاضي، أو بحكمه[٣].

أما الأول: رجل وكّل رجلاً بالخصومة مع فلان في كلّ حقّ له قبَله، بمحضر من القاضي، والقاضي يعرفهم جميعاً، فلم يخاصم الوكيل في شيء حتى عزله المؤكل، ثمّ شهد الوكيل بحق كان له قبل فلان قبل التوكيل، جازت شهادته في قول أبي حنيفة ومحمد، ولاتجوز في قول أبي يوسف الآخر[٤]، وهذا والفصل الأول سواء.

وفائدة التوكيل عند القاضي علم القاضي بالتوكيل، حتى لو خاصم الوكيل عند هذا[٥] القاضي لايحتاج إلى إثبات الوكالة، إما أن يصير خصما قبل الخصومة، فلا، وهذا والأول في ذلك سواء.

وإنما ذكر: "والقاضي يعرفهم"؛ لأن القاضي إذا كان لا يعرف[٦] المؤكل، فوكل غيرَه بين يدي القاضي، لايصحّ؛ لأن فائدة التوكيل بعلم القاضي القضاء للمؤكل عند غَيبة

(١) "بالإيصاء" سقط في (ا) و (ب)، وثبوته أصح.

(٢) راجع كتاب «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٥.

(٣) انظر التفصيل في «فتح القدير» ٧/ ٣٩٩.

(٤) العبارة في (ا) و (ب): "وقال أبويوسف لاتجوز وهو قوله الاخ" ر.

(٥) "هذا" ساقط من (ج) و (د).

(٦) في (ج) و (د): "إذا لم يعرف المؤكل".

المؤكل بخصومة الوكيل.[1]

فإذا كان لا يعرف المؤكل، لايمكنه القضاء، حتى لو أحضر عند القاضي خصماً، وقال: وكّلتُ وكيلي هذا ليخاصم عني مع هذا الرجل، ومع كلّ مَن لي عليه حقّ بالكوفة، فإن القاضي يقبل توكيله ويجعله وكيلا، وإن لم يعرف المؤكل؛ لأن التوكيل مفيد إذا كان بحَضرة الخصم، هكذا ذكَر شمس الأئمة الحَلواني[2] رحمه الله في شهادات «الجامع»[3].

فلو أن المؤكل لم يعزل الوكيل حتى خاصم المطلوبَ عند القاضي في ألف درهم، وقضى القاضي بذلك المال، أو لم يقض حتى عزله الموكّل، ثم شهد للمؤكل بالألف التي خاصم فيه، لاتقبل[4].

ولو شهد له بمائة دينار، جازت شهادته؛ لأنه لايصير خصما بنفس التوكيل، وإنما يصير خصما بفعل الخصومة، والخصومة وُجدت في الألف، فبطلت شهادته في الألف، لا في غيرها.

وأما الوجه الثاني: إذا وكّله بغير محضر من القاضي بكلّ حق له قبَل فلان، فخاصم الوكيل فلانا عند القاضي بألف درهم للمؤكل، فجحَد المدّعى عليه المالَ والوكالةَ، فأقام

---

(١) راجع كتاب «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٦.

(٢) هو عبد العزيز بن احمد شمس الأئمة الحلواني، انظر ترجمته في ص ٢٠٧.

(٣) أي: ذكر شمس الأئمة في كتاب الشهادت من «شرح الجامع»، والظاهر أنه يقصد «شرح الجامع الصغير»، فإن شمس الأئمة الحلواني أحد من شراح «الجامع الصغير»، انظر النافع الكبير، للعلامة اللكنوي، ص ٥٦.

(٤) راجع كتاب «المبسوط» ١٧/ ٣٨.

الوكيل بينة على الوكالة، وقضى بها القاضي، أو لم يقض، ثم عزله، ثم شهد الوكيل لمؤكله بتلك الألف أو بغيرها، لاتقبل شهادته[1]؛ لأن القاضي إذا لم يعلم بالوكالة، يحتاج الوكيل إلى إثبات الوكالة بالبينة.

وإنما يُثبتها بالبينة علي الوجه الذي أثبتها الموكل؛ لأن الشاهد إنما يشهد بما عاين، لابغيره، فإذا كانت الوكالة عامّة، لايشهد الشاهد إلا بوكالة عامّة، والبينة لاتقبل إلا بعد الدعوى، فكانت الخصومة في الألف خصومة في سائر الحقوق تقديرا، ضرورة إثبات الوكالة في سائر الحقوق[2].

ولهذا لو قضى القاضي بوكالته عَقيب الدعوى في حقٍ، لايحتاج إلى إثباتها بعد ذلك في كلّ حقٍ يدّعي، فبطلت شهادته في الكل ضرورة.

فإن[3] شهد بمال حادث بعد التوكيل، جازت شهادته؛ لأن التوكيل لم يتناول الحادث، فلم يصر خصما في ذلك.

والدليل على الفرق بين علم القاضي وحكمه ما ذكر في الكتاب: أنه لو مات القاضي، أو عزل بعد ما قضَى بوكالته بالبينة، فإن القاضي الثاني يجعله خصما ووكيلا بقضاء الأول فيما خاصم فيه وفيما لم يخاصم، ولايجعله القاضي الثانيْ وكيلا بالتوكيل الذي كان عند القاضي الأول، لأن حكم القاضي حجّة في حقّ الكلّ، وعلمه حجّة في

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٥/ ٢٥٨.

(٢) راجع للتفصيل «الفتاوى الهندية» ٥/ ٢٥٨.

(٣) في (ا) و (ب): "فإن".

حقّ نفسه دون غيره[1].

وكذلك رجل ادّعى عند القاضي على رجل أن فلاناً وكّله بالخصومة في كلّ حق له قِبل هذا المدّعى عليه، وقِبل فلان وفلان، وأقام البينة على الوكالة بالصفة التي ادّعى، وقضى القاضي بذلك، أو لم يقض، ثم عزله المؤكل، فشهد المعزول للمؤكل بحق قِبَل هذا الذي أحضره، أو قِبَل الآخرين، لاتقبل شهادته[2].

لأن هذا الوكيل حين خاصَم واحداً من الغُرماء لإثبات الوكالة، كانت الخصومة مع الحاضر خصومة مع الغائبين؛ لأن الوكالة واحدة، لايتوصّل إلى إثباتها على الحاضر إلا بإثباتها على الغائبين، ولهذا لو أحضر الغائبين بعد ذلك، وادّعى عليهما مالاً للمؤكل، لايكلّف إعادة البينة على الوكالة، فإذا بطلت شهادته على الحاضر بالخصومة معه بطلت على الغائبين.

وفي هذا لافرق بين تخصيص الواحد في الوكالة، وبين تخصيص الجماعة، فلاتقبل شهادته، إلا أن يشهد بحقّ حادث بعد التوكيل، أو على رجل آخر غير النفس الثلاثة، فتقبل شهادته؛ لأن التوكيل لم يتناول ذلك.

وأما الذي يتناول الموجود والحادث بعد التوكيل، صورته:

رجل أقام البينة أن فلان بن فلان وكّله بكلّ حق له في مصر كذا[3]، وبالخصومة فيها، وأحضر رجلاً من أهل ذلك المصر، وادّعى عليه حقاً لمؤكله، فجَحَد المدّعى عليه المالَ

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٧٥. وكتاب «بدائع الصنائع» ٧/ ٨.

(٢) راجع «الفتاوى البزازية» على هامش «الفتاوى الهندية» ٥/ ١٤٤.

(٣) «الفتاوى البزازية» على هامش «الفتاوى الهندية» ٥/ ١٤٤.

والوكالةَ، فأقام الوكيل البينة على ما ادّعى، وقضى القاضي بالوكالة، أو لم يقض حتى عزل، فشهد[1] لمؤكله بحق أو مال على ذلك الرجل، أو على غيره من أهل ذلك المصر، لاتقبل شهادته.

لأن الوكالة واحدة، لايملك إثباتها على الحاضر إلا بإثباتها على الكلّ، فانتصب الحاضر خصماً عن الكلّ، فإذا خاصم الواحد فقد خاصم الكلّ، ولهذا لايحتاج إلى إعادة البينة على الوكالة، على كلّ من يدّعي عليه[2] من أهل ذلك المصر حقا.

وكذا لو شهد بحق حادث بعد التوكيل، لاتقبل شهادته[3]؛ لأن التوكيل على هذا الوجه يتناول الموجود والحادث جميعا، وهذا استحسان، والقياس أن لايتناول الحادث؛ لأنه وكّله بحقوقه[4]، والحادث ماكان من حقوقه وقت التوكيل.

وجه الاستحسان: أن المتعارف فيما بين الناس أن الرجل يؤكل غيره بقبض غَلاته وحقوقه في المصر، ويريد به الموجود، ومايحدث بعد ذلك من الغلات والحقوق والثمرات.

ولو احتاج إلى تجديد الوكالة بعد حدوث كلّ غَلّة وثمرة تخرج فيه، فيتناول الكلّ، وإذا دخل الكلّ في[5] التوكيل، بطلت شهادته في الكلّ، فلاتقبل شهادته إلا أن يشهد

---

(١) في (ج) و (د): "ثم شهد".

(٢) "عليه" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) راجع «بدائع الصنائع» باب من لاتقبل شهادته ٦/ ٢٨٢.

(٤) وجاء في (ا) و (ب): "وكل بالخصومة في حقوقه".

(٥) في (ا) و (ب): "تحت التوكيل".

بحق حادث بعد العزل، لأن الحادث بعد العزل لايدخل في التوكيل، فلايصير خصما [فيه][1]، فتقبل شهادته في ذلك[2].

وكذلك رجل حضر مجلس القاضي، وادّعى أن فلاناً الغائبَ وكّله وفلانا الغائبَ بالخصومة في كلّ حق له قِبل النّاس، وأحضر رجلا، وادّعى عليه حقا لمؤكله[3]، وأقام البينة، فإن القاضي يقضي بكونهما وكيلين، ؛ لأن الوكالة واحدة، فإن أحد الوكيلين، إن كان ينفرد بالخصومة عندنا، لاينفرد بالقبض، فلايُتوصّل إلى إثبات حقه إلا بإثبات حق الغائب، فانتَصّب الحاضر خصما عن الغائب، وصارت خصومة أحدهما كخصومتهما، ولهذا لو حضر الغائب، لايكلّف إعادة البينة على الوكالة.

فإن عزلهما المؤكل، ثم شهدا للمؤكل بحق، لاتقبل، الموجود والحادث بعد التوكيل فيه سواء؛ لأن قوله: "قِبَل الناس" أعمّ من التقييد بالمصر، وذلك يتناول القائم والحادث استحساناً لما قلنا، فكذلك هذا، ولاتقبل شهادتهما إلا فيما يحدث بعد العزل[4].

وقوله: "وكّلتك بكلّ حق لي" بمنزلة قوله: "وكلتك بطلبه وبالخصومة فيه" استحساناً، وقد عرف هذا في كتاب الوكالة.

وأما فصل كيفية الخصومة:

رجل أحضر رجلا، وادّعى أن فلانا وكّله بالخصومة معه في كلّ حق له قِبلَه، وادعى

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

(٢) ينظر «الفتاوى البزازية» ٥/ ١٤٤.

(٣) في (ا) و (ب): "وادّعى أن عليه حقا لمن وكله".

(٤) راجع كتاب «المبسوط» ١٦/ ١٥٢.

عليه مالا لمؤكّله، فجحد المدعى عليه المال والوكالة، فأقام المدّعي بينةً على الوكالة، فقَبْل أن تعدل بينة الوكالة، ويقضي بها، أقام البينة علي المال، القياس أن لاتقبل البينة على المال، لأن البينة على المال[1]، إنما تقبل من الخصم[2]، وقبل القضاء بالوكالة لم يثبت[3] كونه خصما.

وجه الاستحسان: أن الوكيل قد يحتاج إلى ذلك؛ لأن شاهد المال قد يكون مسافرا لايتوقّف، فلو قلنا بأنه لاتقبل إلى أن تظهر عدالة شهود الوكالة، ويقضى بها، يفوت حق المؤكل، ولأن القاضي إذا قضى بالوكالة يصير خصما من حين أقام البينة على الوكالة، فكانت البينة قائمة من الخصم.

ذكر[4] القياسَ والاستحسان، ولم يذكر فيه خلافا.

وذكر الخصّاف رحمه الله: أن على قول أبي حنيفة لاتقبل البينة على المال حتى يقضي بالوكالة[5].

(١) "لأن البينة على المال" ساقط من (ج) و (د) وثبت في (ا) و (ب).

(٢) لاتقبل البينة إلا من خصم، كما لاتقبل إلا على خصم، أما الأول فذكره الإمام ابن مازة في ضابط بقوله: "البينة إنما تسمع من الخصم"، وأما الثاني فقال في شرحه: البينة إنما تقبل على خصم جاحد، ليصير الجحود معارضا للدعوى. انظر «شرح أدب القاضي للخصاف»، لعمر بن عبد العزيز بن مازة، ٣/ ٤٠٥، ٤١٥. و ذكره الشارح أيضا في ص ١٧٥٧.

(٣) في (ا) و (ب): "لايثبت".

(٤) أي ذكر الإمام محمد رحمه الله في «الزيادات».

(٥) انظر «شرح أدب القاضي» ٣/ ٤٢٤، ووجّه ابن مازة لقول أبي حنيفة رحمه الله بأن البينة وإن

وعلى قول أبي يوسف ومحمد[1] تقبل البينة[2] على المال، إلا أن عند أبي يوسف إذا آل الأمر إلى القضاء، يقضي بالوكالة أولاً، ثم يقضي بالمال[3].

وكذا لو أقام البينة على الوكالة والمال جملةً، وهذه ثلاث مسائل، إحداها هذه.

والثانية: إذا ادّعى رجل أنه وصيّ فلان بن فلان الميّت، وأن للميت قِبَل هذا الرجل الحاضر ألف درهم، فأقام البينة على الوصاية والمال[4].

والثالثة: إذا ادّعي رجل أن أباه فلان بن فلان مات، ولا وارث له غيره، وأن له على

كانت لاتوجب الحق بنفسها، فإنها لاتسمع من غير الخصم، وإنما يصير المدعي خصما في دعوى المال إذا كان وكيلا، ووصيا، ووارثا، فما لم تثبت الوكالة والوصاية والوراثة لايكون خصما، فصار هو كالأجنبي، والبينة لاتسمع من الأجنبي، كذا ههنا. «شرح أدب القاضي للخصاف» ٣/ ٤٢٥.

(١) ذكر الخصّاف الخلافَ بين الإمام أبي حنيفة وبين أبي يوسف رحمهما الله، ولم يذكر قول محمد رحمه الله، راجع «شرح أدب القاضي للخصاف» ٣/ ٤٢٤.

(٢) "البينة" ساقط من (ج) و (د).

(٣) يعني أن على قول الإمام أبي يوسف رحمه الله يقبل القاضي البينة على الأمرين جميعا، فإذا عدّلت البينة، يقضي بالوكالة أولا، ثم يقضي بالمال. «شرح أدب القاضي» ٣/ ٤٢٤

وجّه الفقيه عمر بن مازة لقول أبي يوسف بأن البينة لاتوجب الحق بنفسها، وإنما توجب بقضاء القاضي، فكان الموجب هو القضاء، وإنما يعتبر هذا الترتيب في حق القضاء، لاجرم أن القاضي عندي يقضي بالوكالة أولا، ثم بالمال، لكن يقبل البينة على الأمرين في الابتداء. انظر «شرح أدب القاضي للخصاف» ٣/ ٤٢٤، و «فتح القدير» ٧/ ٣٢٨.

(٤) انظر «شرح أدب القاضي للخصاف» ٣/ ٤٢٤.

هذا الرجل الحاضر ألف درهم، أو ادّعى عَينا لأبيه في يد رجل، فأقام البينة على النسب والوفاة والدَّين[1]، وتمامه في «أدب القاضي» وغيره.

وإذا قُبلت البينة في الاستحسان على المال، فالمسألة بعد ذلك على وجوه:

إما أن عُدّلت البينتان جميعا، أو عدّلت[2] بينة الوكالة لاغير، أو عدّلت بينة الحق لاغير.

فإن عُدّلت البينتان، يقضي بالوكالة أوّلاً، ثم يقضي بالمال، ويراعي الترتيب في القضاء؛ لأن القضاء بالمال حكم كونه وكيلا وخصما، فيرتب عليه[3].

وفي الوجه الثاني يقضي بالوكالة، ولايقضي بالمال.

فإن عُدّلت بينة المال بعد ذلك، يقضي بالمال، وإلاّ فلا، وإن عُدّلت البينة على المال لاغير، لايقضي بشيء؛ لأنه لم يصر خصماً، والبينة على المال لاتقبل إلا من الخصم[4].

فإن لم يقض بالمال حتى حضر المؤكل، وعزل الوكيلَ، أو جحد أن يكون وكيلاً، فشهد له الوكيل المعزول بذلك الحق، لاتقبل شهادته، أما إذا عزله؛ فلأنه صار خصما فيه بالدعوى وإقامة البينة، فبطلت شهادته.

---

(١) أي: يشهدون له على أمور أربعة: على النسب، وعلى وفاة أبيه، وأنه وارثه، لايعلمون له وارثا غيره، وعلى أن للميت على هذا الرجل كذا من الدين. انظر «شرح أدب القاضي للخصاف» ٣/ ٤٢٥.

(٢) في (ا) و (ب): "عدّل".

(٣) راجع «ردّ المحتار» ٤/ ٣٧٣.

(٤) انظر «ردّ المحتار» ٤/ ٣٧٣.

وأما إذا جحد الموكل وكالته؛ فلأن الشاهد لما ادّعى الوكالة، فقد أقرّ ببطلان شهادته، وأنه إقرار على نفسه، فيصحّ إقراره، وتبطل شهادته[1].

ألا ترى أن الوكيل لو ادّعى الوكالة، وأقام البينة، فلم يقض القاضي بوكالته حتى ادّعي المطلوب أن الموكل[2] أبرأه عن الدّين، لاينبغي أن يقضي القاضي بالبراءة قبل ثبوت الوكالة، فإن قضى، ثم جاء المؤكل، وأقرّ بالوكالة، وجحد الإبراء، ينفذ قضاء القاضي بالإبراء[3]، لأن إقرار المؤكل بالوكالة إقرار على نفسه، فصحّ، كذلك ههنا، إقرار الوكيل يُبطلان شهادته إقرار على نفسه[4].

وكذلك لو كان الوكيل أقام البينة على الوكالة، فظهر أنهم عبيد، ثمّ عزله المؤكل، لاتقبل شهادة الوكيل لمؤكله فيما ادّعي الوكيل، لأن الوكيل لما ادّعى الوكالة، فقد أقرّ أنه خصم، وذاك يكفي لبطلان الشهادة[5].

وكذا لو خاصم في شيء مما قلنا، وادّعى الوكالة، ولم يقم البينة علي ذلك، لكنه حلف الخصم، بطلت شاهدته، لما قلنا[6].

---

(١) كذا ثبت في الأصل وفي (ا) و (ب)، وجاء في (ج) و (د): "فيصحّ، كذلك هنا إقرار الوكيل، وتبطل شهادته".

(٢) في (ا) و (ب): "الوكيل".

(٣) انظر «المبسوط» ١٨/ ١٧٢.

(٤) زاد في (ا) و (ب): "فيصح".

(٥) راجع «المبسوط» باب من لا تقبل شهادته ١٦.

(٦) وردت هذه العبارة في (ا) و (ب) كالتالي: "وكذا لو ادّعى فلم يقم البينة، ولكن حلف الخصم،

رجل أحضر رجلا، وادّعى أن فلانا وكّله بالخصومة في كل حق له في مصر كذا، أقام البينة على ذلك، فغاب المدّعى عليه قبل تزكية الشهود، ثم عُدّلت البينة، فإن القاضي لايقضي بالوكالة إلا على خصم حاضر، كما لاتقبل البينة إلا على خصم[1] [حاضر][2].

فإن أحضر رجلاً آخر، وادّعى عليه حقا لمؤكله، والمدّعى عليه يجحد وكالته، فإن القاضي يقضي بتلك البينة على هذا الرجل[3]؛ لأن الأول كان نائبا عن سائر الغرماء، حتى كان القضاء عليه قضاء علي الكلّ، فكان حَضرة الأول وقت البينة كحَضرة الكل.

ونظيره: مالو قامت البينة على الوكيل، فغاب الوكيل، وحضر المؤكل[4].

أو قامت البينة على المؤكل، فغاب المؤكل، وحضر الوكيل[5].

أو قامت البينة على المورث، فمات، وحضر الوارث.

بطلت شاهدته، وكذا لوخاصم في شيء لما قلنا".

(١) فإن البينة تقبل على خصم جاحد، ليصير الجحود معارضا للدعوى، فيحتاج إلى البينة. انظر «شرح أدب القاضي للخصاف» ٣/ ٤٠٥.

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

(٣) أي: أن القاضي يقضي بثبوت الوكالة ونفاذها، ولايحتاج الوكيل إلى إعادة البينة على الوكالة، لأن القاضي إنما يقضي على حسب ما شهد به الشهود، والشهود شهدوا بالوكالة عاما، والقاضي قضى بذلك، فلا يحتاج إلى إقامة البينة على كل غريم. انظر «شرح أدب القاضي للخصاف» ٣/ ٤٠٥، و٣٠٦. «الفتاوى البزازية» ٥/ ١٤٤.

(٤) راجع «الفتاوى البزازية» على هامش «الفتاوى الهندية»٥/ ١٤٤.

(٥) انظر «الفتاوى البزازية» على هامش «الفتاوى الهندية»٥/ ١٤٤.

أو قامت البينة علي وارث بدَين على الميّت، فغاب ذلك الوارث، وحضر وارث آخر[1].

أو أقام رجل البينة على وارث أنه وصيّ الميّت، فغاب ذلك الوارث، وحضر وارث آخر[2].

أو أقام البينة بالوصاية علي غَريم للميت، فغاب ذلك الغريم، وحضر غريم آخر، فإنه يقضي بتلك البينة على الثاني[3]؛ لأن القضاء علي الأول يكون قضاء على الثاني، فكذلك البينة.

ـ والله تعالى أعلم ـ

---

(١) «الفتاوى البزازية» ٥/ ١٤٤.

(٢) المرجع السابق.

(٣) حكى في «الفتاوى البزازية» أن الإمام الحلواني ذكر هذه المسألة، ثم قال: والقضاة يغلطون فيه، فإنه يستخلف رجلا لسماع الحادثة أو يكتب إلى القرية لسماع الشهادة في فصل، ثم يكتب في الكتاب أنهم شهدوا عندي، ويكتب ألفاظ شهادتهم، فيقضي القاضي بذلك من غير أعادة البينة إلى مجلس القضاء. «الفتاوى البزازية» ٥/ ١٤٤.

باب من الشهادة التي تجوز في الوصية بعد الموت والدّين قبل القضاء وما لاتجوز بعد القضاء

بني الباب على أصلين:

أحدهما: أن الشهادة إذا تضمّنت جرّ مغنمٍ إلى الشاهد، أو دفع مغرمٍ عنه، لاتقبل لمكان التهمة[1].

والثاني: أن الوصايا إذا اجتمعت، وفيها عتق، يقدّم العتق[2]، روي ذلك عن ابن عمر رضي الله عنه، ولأن العتق أقوى؛ لأنه لايحتمل الفسخ، وغيره يحتمل [الفسخ][3]، والأدنى لايزاحم الأقوى.

(١) انظر «فتح القدير» ٧/ ٤٤ وقال في «ردّ المحتار»: ولا يجر الشاهد إلى نفسه مغنما، ولايدفع عن نفسه مغرما، وأن لا يكون خصما ٣/ ٣٥٥.

(٢) وهذا ليس مطلقا بل ينبغي فيه التفصيل، ذكره الكاساني بأن الوصية بالإعتاق، إن كان إعتاقا واجبا في كفارة، فحكمه حكم الكفارات، وإن لم يكن واجبا فحكمه حكم سائر الوصايا المتنفل بها من الصدقة على الفقراء وبناء المساجد وحج التطوع ونحو ذلك، لأن الوصية بالإعتقاق يلحقها الفسخ، كما يلحق بسأئر الوصايا، فكانت الوصية بالإعتقاق غير واجبة مثل سائر الوصايا، فلا تقدم، بخلاف الإعتاق المنجز في المرض والمعلق بالموت، لأنه لايلحقهما الفسخ، فكان أقوى، فيقدم على سائر الوصايا. «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٧٣.

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخ الأخرى.

وفي الباب فصلان: الشهادة بعد الشهادة، والشهادة بعد الإقرار.

أما الفصل الأول: فهو علي وجهين: إما إن كان في العبد، أو في الثلث.

بدأ بما إذا كان في العبد، فقال: رجل مات وترك ثلاثة أعبد قيمتهم على السواء، لامال له غيرهم، فشهد رجلان أن الميت أوصى بهذا العبد لهذا الرجل، ثم شهد وارثان أن الميت أوصى لهذا الرجل بهذا العبد[1]، وإنه على وجهين[2]:

إما إن شهدا بعبدٍ آخر، أو شهدا بذلك العبد، وكل ذلك على وجهين: إما أن ذكرا في شهادتهما الرجوع عن الوصية الأولى، أو لم يذكرا ذلك، وكان ذلك بعد القضاء للأول أو قبله.

فإن شهدا بعبد آخر قبل القضاء للأول، قبلت شهادة الوارثين؛ لأنهما شهدا للثاني باستحقاق الوصية، ولم يجرّا إلى أنفسهما مَغنَماً، ولا دفعا مَغرَما، ولا نقضا قضاءً قضى عليهما، فانتَفت التهمة عن شهادتهما، [فتقبل][3].

وإذا قبلت شهادتهما، فإن لم يذكرا الرجوع عن الوصية الأولى، قضى لكل واحد من الموصى لهما بنصف عبده، لأن كل واحد منهما أثبَت وصيته[4] بالبينة، والوصايا إذا اجتمعت، لاتنفذ إلا في الثلث، فيجعل الثلث بينهما، كما لو ثبتت وصيتهما عَياناً[5].

---

(١) العبارة في (ج) و (د): "فشهد رجلان أن الميت أوصى لهذا الرجل بهذا العبد".

(٢) راجع «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

(٤) في (ج) و (د): "وصية" وهو خطاء.

(٥) انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

ولا يقال: لولا شهادتهما، لكان للموصى له الأول كل عبده، فإنما عاد نصف العبد إلى الورثة بشهادتهما، فوجب أن لاتقبل شهادتهما لمكان التهمة.

لأنا نقول: بنفس الشهادة لايثبت الاستحقاق، بل التركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت، حتى يقضي منها ديونه، فكانت شهادتهما شهادة على المورّث فتقبل، كما لو شهدا عليه في مرضه بعَين من أعيان ماله.

وإن شهدا بالوصية للثاني، وذكرا الرجوع عن الأولى، جازت شهادتهما أيضا، وللموصى له الثاني كل العبد، ولاشيء للأول؛ لأن الرجوع عن الأولى ثبت بشهادتهما، فبطل وصيته، كما لو ثبت ذلك عَيانا. وعَود العبد الأول إلى الورثة، لايمنع قبول شهادتهم، لما مرّ أن حق الأول لايثبت قبل القضاء.

ألا ترى أن الوارثين لو شهدا أن الميّت أعتق هذا العبد الاخر في مرضه، جازت شهادتهما[1]، لأنهما يشهدان للعبد الثاني بالعتق، وإذا جازت شهادتهما، يقضي بالعتق، لما مرّ أن الوصايا إذا اجتمعت، وفيها عتق، يقدم العتق.

وإذا قضى بالعتق، تبطل وصية الأول، لأن الثلث الذي هو محل الوصية صار مستحقا با لعتق، فتبطل وصيته الأول ضرورة[2]، ويسلّم العبد الأول للورثة، وسلامة العبد لهم لايمنع قبول شهادتهم على العتق؛ لأن استحقاق الأول لايثبت قبل القضاء، كذلك ههنا.

---

(١) راجع «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٢) " لأن الثلث الذي هو محل الوصية صار مستحقا بالعتق فتبطل وصيته الأول " ساقط من (ج) و (د) وثبت في (إ) و (ب).

ولو كان القاضي قضى للأول، ثم شهد الوارثان بشيء مما قلنا، لاتقبل[1]؛ لأن استحقاق الأول يثبت بقضاء القاضي، وصار الوارث مقضيًا عليه بطريق الخلافة عن الميت، حتى لو ادّعاه الوارث بعد ذلك لنفسه ملكا مطلقاً، لاتسمع دعواه؛ لأنه صار مقضيًا عليه، فإذا شهدا بعد ذلك، فإن ذكرا رجوعا عن الوصيّة الأولى، فقد أعادا كلّ العبد الأول إلى أنفسهما بالعبد الثاني.

وإن لم يذكرا رجوعاً عن الوصية، فقد أعادا نصف العبد[2] الأول إلى أنفسهما بنصف العبد الثاني، فتمكنت التهمة في شهادتهما على كلّ حال، وفيه إبطال قضاء قضى عليهما، ولاشيء للموصى له الثاني، وإن أقرّ له بالوصية، لأن العبد الأول تعيّن محلاً للوصية بقضاء القاضي، وزال عن ملك الورثة.

وكذا لو شهدا بعد القضاء الأول: أن الميّت أعتق هذا العبد الآخر في مرضه، لاتقبل شهادتهما؛ لأنا لو قبلنا شهادتهما، والعتق مقدّم على غيره من الوصايا، يبطل القضاء الأول، فلاتقبل شهادتهما، لكن يعتق العبدبإقرارهما؛ لأنهما مالكان، أقرّا بحريّته، ويسعى لهما في قيمته؛ لأن محل الوصية صار مستحقاً بقضاء القاضي، والعتق بعد وقوعه لايحتمل الفسخ، فتجب السعاية، ليكون ردّاً للعتق من حيث المعنى.

هذا إذا شهد الوارثان بعبد آخر، فإن شهدا أن الميّت أوصى بذلك العبد للثاني، ولم يذكرا رجوعا عن الأول، جازت شهادتهما[3]، سواء شهدا بذلك قبل القضاء الأول أو

---

(١) ولكن يعتق العبد، وتجب السعاية عليه. «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦ نقلا عن المحيط.

(٢) "العبد" ساقط من (ا) و (ب)

(٣) انظر لتفصيل المسألة «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

بعده، ويكون العبد بين الأول والثاني[1].

أما قبل القضاء فظاهر، وأما بعد القضاء: فلأنهما[2] لايحوّلان إلى أنفسهما شيئاً بشهادتهما، ولا يبطلان قضاء القاضي، وإنما يثبتان حق الثاني، ولاتنافي بينهما؛ لأن اجتماع الوصيتين لكل واحد منهما على الكمال في عَين واحدة جائز، حتى لو رَدّ أحدهما كان الكل للآخر.

وإذا قبلت شهادتهما، يضرب كل واحد منهما بجميع وصيته، ويجعل العبد[3] بينهما، كما لوثبت ذلك عَيانا، بخلاف الفصل الأول؛ لأن ثَمّة بعد القضاء يحولان إلى أنفسهما نصف العبد أو كلّه.

وإن ذكرا الرجوع عن الوصية الأولى، لاتقبل شهادتهما؛ لأنهما يظهران أن القاضي أخطأ في قضائه حيث قضى للأول بغير حق، فلاتقبل شهادتهما على الرجوع للأول[4]، وتقبل شهادتهما على الوصية الثانية؛ لأنه ليس فيها إبطال القضاء، وهما شهادتان منفصلتان، فبطلان أحدهما لايوجب بطلان الأخرى، فتثبت الوصيّة الثانية، ويجعل العبد بينهما، ولايضمن الورثة شيئاً لما قلنا في الفصل الأول.

ولو كان القاضي قضى للأول، ودفع إليه العبد، ودفع العبدين الباقين إلى الورثة،

---

(١) فليراجع للتفصيل «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٢) في (ا) و (ب): "فإنهما".

(٣) في (ا) و (ب): "ويجعل ذلك بينهما".

(٤) في (ا) و (ب): "عن الأول".

ثم شهد الوارثان أن الميّت أوصى بذلك العبد للثاني، لاتقبل شهادتهما[1]، وإن لم يذكرا رجوعاً عن الأول؛ لأن فيها إبطال القسمة التي هي في معنى القضاء؛ لأن القاضي قَسَم التركة بين الأول والورثة أثلاثًا، ولو قُبلت هذه الشهادة، كانت القسمة بين الموصى لهما وبين الورثة أسداسا، وفيه نَقض تسليم القاضي في النصف، وتسليمه قَضاء منه، فلاتقبل شهادتهما.

وكذا لو شهدا أن الميّت أعتق العبد المقضيّ به في مرضه، لاتقبل شهادتهما، [لأنها لو قبلت][2]، والعتق مقدّم علي غيره، كان فيه إبطال القضاء، فلاتقبل، كمالو شهدا بعد القضاء أنه رجع عن تلك الوصية، وأوصى للثاني.

وأما القسم الثاني من هذا الفصل: وهو ما إذا كانت الوصية بالثلث:

رجل مات، فشهد شاهدان أن الميت أوصى لهذا الرجل بثلث ماله، فقضى القاضي بذلك، ثم شهد وارثان أن الميت أوصى لهذا الرجل الآخر بثلث ماله، فشهادتهما جائزة[3] إن لم يذكرا رجوعاً عن الوصية الأولى، ويكون الثلث بينهما، لأنه ليس في شهادتهما نقض قضاء قد قضى به[4] عليهما، بل في شهادتهما استحقاق الثاني، ويتضاربان[5] في الثلث.

---

(١) راجع «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

(٣) انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٤) "به" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) في (ا) و (ب): " مضاربان" وهو خطاء.

وإن ذكرا رجوعا عن الوصية[١] الأولى، لاتقبل شهادتهما، لأن هذه الشهادة تتضمّن إبطال القضاء.

وكذا لو شهدا أن الميت أعتق هذا العبد نفسه[٢] في مرضه، لاتقبل[٣]؛ لأن فيها إبطال القضاء، لما قلنا، لكن يعتق العبد؛ لأنهما مالكان أقرّا بعتقه، ويسعي العبد في قيمته؛ لأن محلّ الوصية صار مستحقاً بقضاء القاضي، ويكون ثلثا[٤] السعاية للورثة، والثلث للموصى له بالثلث؛ لأن حق الموصى له بالثلث يثبت في ثلث مال الميت سابقا، والسعاية مال الميت.

فإن قال الموصى له بالثلث: أن العبد بحكم الوصية بالثلث صار مشتركاً بيني وبين الورثة؛ لأنه مال الميت، ولي ثلث مال الميت، وقد أعتقاه الورثة[٥]، فلي أن أضمنها، ليس له ذلك؛ لأنهما ماأعتقاه، بل أضافا العتق إلى غيرهما، فلايضمنان، كجماعة أشترو عبداً، ثم أقرّ أحدهم أن البائع كان أعتقه قبل البيع، لايضمن لشركائه شيئا.

ولو شهد الوارثان أن الميت أعتق هذا العبدَ في مرضه، إن شهدا بذلك[٦] قبل القضاء الأول، جازت شهادتهما، لأنه ليس في شهادتهما جَرّ مَغنمٍ، ولا دفع مَغرَمٍ، ولا إبطال

---

(١) في (ا) و (ب): "في الوصية".

(٢) في (ا) و (ب): "بعينه".

(٣) راجع «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٤) في (ج) و (د): "ثلث السعاية".

(٥) "الورثة" ساقط من (ج) و (د)، وفي (ا) و (ب): "وقد أعتقه الوارثان".

(٦) في (ا) و (ب): "بذلك بالإعتاق".

قضاء قدقضى، وإذا جازت شهادتهما، كان العتق[1] مقدّماً على الوصية بالثلث، فتبطل الوصيّة بالثلث[2].

فإن لم يكن للميت مالٌ سِوى العبد، عتق ثلثه، ويسعى في ثلثي قيمته للورثة.

فلو كان القاضي قضى بشهادة الأجنبيّين، وقسم التركة، وأعطى للموصى له الثلث، ثم شهد الوارثان بالوصية بالثلث لرجل آخر، لاتقبل[3]، وإن لم يذكرا رجوعا عن الأول، لأن شاهدتهما تضمّنت إبطال القسمة التي هي قضاء معنىً، ولايأخذ الموصى له الثاني شيئاً من الورثة، وإن أقرّا له بالوصية بشهادتهما؛ لأن الثلث الذي هو محلّ الوصية تعيّن للأول بقضاء القاضي.

ثم استشهد لبيان الفرق بين ما قبل القضاء وما بعده، فقال:

ألاترى: أن وارثَين لو أقرّا لرجلٍ بدينٍ على الميت، ومعهما وارث آخر، لم يقرّ بذلك، ثم شهد المقرّان على الميت بذلك الدَّين عند القاضي، جازت شهادتهما[4]، ولو كان القاضي قضى عليهما بإقرارهما، ثم شهدا عند القاضي، لاتقبل شهادتهما.

وهذه المسألة احتجّ بها الشافعي رحمه اللّه علينا في مسئلة أحد الورثة إذا أقرّ بدَين

---

(١) في (ج) و (د): "العبد".

(٢) قوله: "فتبطل الوصية بالثلث" ساقط من (ج) و (د)، وثبت في (ا) و (ب).

(٣) راجع «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٤) ونظيره ماجاء في «الفتاوى الهندية»: وكذا إن اقر الوارث بدين رجل على الميت وقضى به ثم مع رجل أخر بالدين على الميت الرجل أخر ولم تف التركة بينهما لا تقبل حتى لو كان القضاء للاول بشهادة شاهدين تقبل الشهادة بالدين للثاني. ٣/ ٣٧٦.

على الميت، عندنا: يستوفى كل الدين من نصيب المقر[1]، وعند الشافعي: يستوفى منه قدرنصيبه من التركة[2].

فاحتجّ وقال: لو كان يلزمه جميع الدين في نصيبه، لكان هو محوّلاً بشهادته بعض ما لزِمَه إلى غيره، فيجب أن لاتقبل شهادته، كما لو قضى القاضي عليه بإقراره، ثم شهد، لاتقبل، وهذا لأن الإقرار ملزم بنفسه، فكان الحال فيه قبل القضا بمنزلة ما بعد القضاء، بخلاف الشهادة، فإنها لاتوجِب شيئا قبل القضاء، فجاز أن يختلف الحكم فيما قبل القضاء وبعده.

وإنا نقول: بأن هذا إقرارعلى غيره، وهو الميت، فلاينفذ في الحال، لأن قبل القضاء، الأمر متردّد: يحتمل أن يجدَ بينة، أو يساعده الورثة، فلا يجب كل الدين في نصيبه لمكان الاحتمال، وإنما ينقطع هذا الاحتمال بقضاء القاضي[3].

فإذا لم يجد بينة، ولم تساعده الورثة، يأمره القاضي بقضاء الدّين من نصيبه. لأن الدّين يقضي من أيسَر المالين قضاء[4].

(١) راجع «المبسوط» ١٨/ ٤٨، «الهداية» ٣/ ١٩٢، «الفتاوى البزازية» على هامش «الفتاوى الهندية» ٥/ ٢٦٧.

(٢) وهذا هو القول الجديد للشافعية أنه لايلزمه إلابقسط حصته من التركة، وعلّله الشيرازي بقوله: "لأنه لو لزمه بالإقرار جميع الدين لم تقبل شهادته بالدين، لأنه يدفع بهذه الشهادة عن نفسه ضررا". انظر «المهذب» ٢/ ٣٥٥، «روضة الطالبين» للنووي ٤/ ٤١١.

(٣) انظر «المبسوط» ١٨/ ٤٨، «العناية مع فتح القدير» ٨/ ٤٠١، «البناية» ٧/ ٦٠١.

(٤) انظر «الفتاوى البزازية» على هامش «الفتاوى الهندية» ٥/ ٢٦٧.

ولهذا لو ترك الميت عَرضا أو عَينا، ودينا، يقضي من النقود، ومن العين، وأيسر المالين قضاءً نصيب المقرّ، فيتعيّن ذلك لقضاء الدين، ويجعل نصيب الورثة بمنزلة العدم، وإن كان الدين متعلّقا بكل التركة، فكانت شهادته قبل القضاء تقريرا لما أقرّ به، ولايكرن تحويلا، أما بعد القضاء: فشهادته تحويل عن نصيبه إلى جميع التركة، فلا تقبل، ولهذا اختلف الحكم قبل القضاء وبعده.

ونظير هذا: ما لو قذَف رجلا، ثم جاء مع نفَرٍ ليشهدون عليه بالزنا، فإن كان ذلك بعد ما قضى القاضي عليه بحدّ القذف، لاتقبل شهادته على مقذوف[1]، وإن كان[2] قبل القضاء، جازت شهادته بالزنا على المقذوف، كذلك ههنا.

واستشهد أيضا فقال: أرأيت لو أن رجلا مات، فشهد شاهدان أن الميت أوصى إلى هذا الرجل، ولم يقض القاضي، حتى شهد وارثان أن الميت رجع عن ذلك، وأوصى إلى هذا الثاني، والثاني يدّعي ذلك، جازت شهادة الوارثين، لماعُرف في غير هذا الموضع أن شهادة الوارثين، والموصى لهما، و الغريمين لهما على الميت دينٌ، مقبولة على الإيصاء، إذا كان الموت معروفا[3]، والوصيّ يدعى، لأنها شهادة على الميت بإثبات الولاية للوصيّ في تركته.

وإن شهد الوارثان بذلك بعد ما قضى القاضي بالإيصاء للأول، لاتقبل[4]، لأنها

(١) راجع «الفتاوى البزازية» على هامش «الفتاوى الهندية» ٥/ ٢٦٧.

(٢) في (ا) و (ب): "كانت".

(٣) يرجع «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٤) انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

قامت لإبطال قضاءٍ واقع [1]على الميت وورثته.

وإذا لم تقبل شهادتهما على الرجوع عن الأول، هل تقبل على الإيصاء للثاني كما قلنا قبل هذا؟

قال مشايخنا: يجب أن يكون على الاختلاف:

على قول أبي يوسف تقبل، لأن عنده كل واحد من الوصيّين ينفرد بالتصرّف، فلم يكن في جعل الثاني وصيًا ابطال القضاء، فتقبل[2] شهادتهما في جَعل الثاني وصيًا، ولاتقبل[3] في الرجوع عن الأول، لأن في ذلك ابطال القضاء.

أما على قول أبي حنيفة ومحمد: أحد الوصيّين لاينفرد بالتصرّف إلاّ في أشياء مخصوصة عُرفت، فكانت شهادتهما بالإيصاء للثاني ابطالاً للقضاء[4]، فلاتقبل.

وأما الفصل الثاني، وهو فصل الإقرار:

رجل مات، وترك ثلاثة أعبدٍ، قيمتهم على السواء، لامال له غيرهم[5]، وترك ابناً لاوارث له غيره، فأقرّ الابن أن الميِّت أوصى بهذا العبد الآخر[6] لهذا الرجل، فسمع

---

(١) في (ا) و(ب): "مضى على الميت".

(٢) في (ا) و(ب): "فقبلت".

(٣) في (ا) و(ب): "وإن كان لاتقبل".

(٤) في (ا) و(ب): "إبطال القضاء".

(٥) انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٦) "الآخر" ساقط من (ا) و(ب).

القاضي إقراره، ولم يقض بذلك، حتى شهد الابن مع رجل[1] اجنبيّ أن الميت أوصى بهذا العبد الآخر لهذا الرجل الآخر، فإن القاضي يقبل شهادته، ويقضي بالعبد المشهود به للمشهود له.

لانّ إقرار الوارث بالوصيّة إقرار على الميت، فلايوجب[2] الحق قبل القضاء، بمنزلة الشهادة التي لم يتصل بها القضاء، فلايكون الوارث بشهادته محوّلاً شيئاً إلى نفسه، فجازت شهادته، ويقضي للثاني بوصيته، وتبطل وصية الأول[3]؛ لان وصية الثاني ثبتت[4] بالبينة، والبينة أقوي من الإقرار، وصاحب أدنى الحجّتين لايعارض صاحب[5] الأقوى.

ولو كان القاضي قضى للأول بإقراره، وقَبَضه أو لم يقبضه، حتى شهد الوارث مع غيره بما قلنا، لاتقبل[6]؛ لانا لو قَبِلنا الشهادةَ، والوصيةُ الثابتةُ بالشهادة[7] فوق [الوصية][8] الثابتة بالإقرار، يبطل قضاء القاضي، فيصير ساعياً في نقض قضاءٍ قضى

(١) "رجل" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) في (ا) و (ب): " يجب".

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٤) في (ج) و (د): "تبطل بالبينة"، وهو خطأ.

(٥) "صاحب" ساقط من (ج) و (د).

(٦) انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٧) في (ج) و (د): " بالبينة".

(٨) ما بين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

عليه، دافعاً عن نفسه ما وجب عليه من التسليم، فلا تقبل شهادته، وإذا بطلت شهادته، سلمّ العبد الثاني للوارث.

لأن محلّ الثلث صار مستحقّاً بالقضاء، فيبطل وصية الثاني ضرورةً، ولايضمن الوارث للثاني شيئاً، لأنه لو ضمن، لايخلو: إما أن يضمن بإقراره الأول، أو بالقضاء، لاوجهَ للأول؛ لأن الحق لايثبت للأول بمجرّد إقراره، فلم يكن إتلافا على الثاني، ولا وجهَ للثاني[1]؛ لأن القضاء فعل القاضي، فلايوجب الضمان على الوارث.

هذا إذا شهد الوارث بعبدٍ آخر، فإن كانت شهادته بذلك العبد الذي أقرّ به للأول، فكذلك الجواب.

إن شهد قبل القضاء للأول، جازت شهادته، وإن شهد بعد القضاء، لاتقبل، ولاضمان عليه، لما ذكرنا في الفصل الأول.

فإن كان الوارث أقرّ بما ذكرنا، وسلّم العبد المقرّ به إلى المقرّ له بنفسه، ثم شهد بذلك العبد بعينه لرجلٍ آخر، لاتقبل شهادته[2]؛ لأنه سَاع[3] في نقضِ تسليمٍ تمّ به، وإذا لم تُقبل شهادته، يضمن نصف قيمة العبد للمشهود له؛ لأنه لمّا شهد للثاني، فقد أقرّ أن العبد كان وصيةً لكل واحد منهما، وأنه سلّم إلى الأول بغير حقٍ، فيضمن نصفه للثاني، وإن دفعه إلى الأول بقضاءٍ، لايضمن، لأن دفعه يضاف إلى القاضي، وهو محمول عليه من جهته، فلايضمن.

---

(١) في (ا) و (ب): "إلى الثاني".

(٢) المرجع السابق.

(٣) في (ا) و (ب): "ساعي في نقض"، وهو خطأ.

ولو كان الوارث أقرّ بثلث المال وصيةً لرجل، ثم شهد مع رجل بوصية الثلث لرجل آخر، فإن كان ذلك قبل القضاء للأول تقبل[١]، وإن كان بعد القضاء لاتقبل، لما ذكرنا.

ولو شهد الوارث مع رجل أن الميت أوصى بثلث ماله لهذا الرجل، وقضى القاضي بذلك، ثم شهدا لرجلٍ آخر بالوصية بالثلث، قبلت شهادتهما؛ لأنه لامنافاة بين الوصيتين لما قلنا، فلم يكن في الشهادة الثانية إبطال القضاء، بل فيها إثبات الوصية للثاني، فيتحاصّان[٢].

بخلاف مالو أقرّ للأول بالوصية، وقضى به القاضي، ثم شهد بالوصية للثاني، لأنّا لو قَبِلنا شهادته للثاني، والثابت بالبينة فوق الثابت بالإقرار[٣]، يبطل القضاء.

قال[٤]: ألا ترى أنه لو شهد الوارث مع رجل بدَين على الميت، وقضى القاضي، ثم شهد بالدَين لرجل آخر، وليس في التركة وفاء بالدينين، إن القاضي يقضي بالثاني[٥]، لأنه ليس في هذه الشهادة نقض القضاء، بل يتحاصّان.

ولو أقرّ بدينٍ على الميت أوّلاً، وقضى القاضي، ثم شهد للثاني، لاتقبل، لأنا[٦] لو قضينا بالشهادة، والثابت بالشهادة فوق الثابت بالإقرار، يبطل القضاء.

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٢) كذا في «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٣) «بدائع الصنائع» ٧/ ٧.

(٤) أي قال الإمام محمد رحمه الله.

(٥) راجع «المبسوط» ١٧/ ٤٤-٤٥.

(٦) في (ج) و (د): "لأن لو قضينا"، وما ثبت أصح.

ولو كان الوارث أقرّ بالدين، وسلّم بنفسه، ثم شهد بالدين لرجل آخر، لاتقبل[1]، لأنه ساعٍ في نقض تسليمٍ تمّ به، وأنه متناقض، لأنه حين دفع إلى الأول، فقد أقرّ أنه ليس في التركة دَين آخر، والمتناقِض لاتقبل شهادته.

لكنه يضمن للثاني نصف المال، إذا كان دَين كل واحد منهما ألفا، والتركة ألف درهم، لأنه أتلف النصف على الثاني، ولايضمن، إذا كان التسليم من القاضي لما قلنا.

ـ والله أعلم ـ

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

كتاب الدعوى

باب دعوى أحد الشريكين الولد لنفسه ولشريكه فيصدّقه الشريك أو يكذّبه

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن دعوة النسب كما تصحّ في المِلك الكامل، تصحّ في الملك الناقص؛ لأنه تصح بحق الملك، وهو استيلاد الأب جارية الابن، فلأن تصح في الملك النقص، وأنها أقوى، كان أولى.

والثاني: أن دعوة الاستيلاد مع دعوة التحرير إذا اجتمعتا، ترجّح دعوة الاستيلاد؛ لأنّ دعواه[1] الاستيلاد تَستَند إلى العلوق، ودعوة التحرير تقتصر، فكانت دعوة الاستيلاد سابقة معنىً، فترجّح[2]، كما لو كانت سابقة حقيقة.

إذا عرفنا هذا قال محمد [رحمه الله]:

جارية بين رجلين، ولدت ولدين في بطنين مختلفين، فقال أحدهما: الأصغر ابني، والأكبر ابن شريكي، وصدّقه الشريك، فالجارية أمّ ولد لمدّعي الأصغر، ويضمن

---

(١) في (ج) و (د): "دعوة"، وهو خطأ.

(٢) انظر «المبسوط» ١٧/١٢٦.

مدّعي الأصغر لشريكه نصف قيمتها، ونصف عقرها، والولد الأصغر حرّ بغير شيء[١]، ويثبت نسب الأكبر من مدّعي الأكبر، ويضمن مدّعي الأكبر لشريكه نصف عقرها، وعليه أيضا قيمة نصف الأكبر إن كان موسرا، وإن كان معسرا يسعى الأكبر في نصف قيمته[٢].

أمّا الجارية: أمّ ولد لمدّعي الأصغر؛ لأنه ادّعى الاستيلاد في محلّ مشترك، فصحّت دعوته، كما لو أقرّ من غير تصديق، واستَند إلى حالة العُلوق؛ لأنها دعوة استيلاد، وعلق الولد حرّ الأصل، فلا يضمن شيئا من قيمته.

فإذا صارت الجارية أمّ ولد له، والاستيلاد لايتجزآ[٣]، صار متملكا نصيب الشريك، فيضمن نصف قيمتها، موسرا كان أو معسرا[٤]؛ لأن ضمان التملّك لايختلف باليَسَار والإعسار، وعليه نصف عقرها؛ لأنّ الدعوة وإن استْندتْ إلى وقت العلوق، بقي أول الفعل في محل مشترك، فيضمن عقرها، بخلاف الاستيلاد من الأب حيث لايلزمه العقر عندنا[٥]؛ لأن ثمّة قدّمنا الملك على الوطيء لتصيح[٦] الاستيلاد، وهنا لاحاجة إلى

---

(١) المرجع السابق.

(٢) راجع للتفصيل «المبسوط» للسرخسي، باب الحميل والمملوك والكافر ١٧/ ١٢٨.

(٣) الاستيلاد لا يتجزآ، والكتابة تتجزآ عند ابي حنيفة، سواء كان بإذن الشريك أوبغيرإذنه، ولا تتجزأ عندهما سواء كان بإذن الشريك أوبغيرإذنه. انظر «المبسوط» ١٧/ ١٢٤.

(٤) «المبسوط» ١٧/ ١٢٨.

(٥) وذلك لانه لا يمكن تصحيح الاستيلاد باعتباره، فلا بدمن تقديم الملك على الاستيلاد، وإذا قدّمناه صار وطؤه في ملك نفسه، فلا يجب العقر. «المبسوط» ١٧/ ١٢٧.

(٦) في (ج) و (د): "ليصح".

تقديم الملك على الوطيء، لأن الملك في النصف يكفى لصحة الاستيلاد، ويثبت نسب الأكبر من مدّعى الأكبر بتصادقهما.

والقياس: أن تكون الجارية أمّ ولد له؛ لأن استيلاده سابق[1] إلا أن نفاذ دعوة مدّعي الأصغر كما أقرّ، وصَيرورة الجارية أمّ ولد له صار مانعاً استناد دعوة مدّعي الأكبر إلى وقت العلوق، فبقيَت دعوة مدّعي الأكبر دعوة تحرير، فلم تصر الجارية أمّ ولد له، ويضمن لمدّعي الأصغر نصف عقرها، لأنه أقرّ بوطيء جارية مشتركة، وإذا اقتصرت دعوة مدّعي الأكبر صارت تحريرا للأكبر، فيضمن لشريكه نصف قيمته إن كان موسرا، وسعى الغلام في ذلك إن كان معسرا[2]، كما لو أعتقه من غير دعوى النسب.

ولا يقال: وجب أن يضمن مدّعي الأصغر جميع العقر، وجميع قيمة الأصغر، لأنه أقرّ أنه حين وطئها كانت أمّ ولد لشريكه، فيضمن جميع العقر، ورعتم أنه كان مغرورا في الاستيلاد، وولد المغرور حر بالقيمة.

لأنا نقول: بلى! أقرّ بذلك، إلا أنه صار مكذبا في إقراره شرعا حيث جعلها أمّ ولد له.

وإن بدأ في الإقرار بالأكبر، فقال: الأكبر ابن شريكي والأصغر ابني، وصدّقه الشريك في ذلك، فالجارية أمّ ولد لمدّعي الأكبر، ويضمن مدّعي الأكبر لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها، والولد الأكبر حرّ بغير شيء.

---

(١) "سابق" ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر «المبسوط» للسرخسي ١٢٨/١٧.

أمّا الجارية: أمّ ولد لمدّعي الأكبر، لأنه لما صدّقه استند التصديق إلى وقت الإقرار، وتقدّمت على دعوة مدّعي الأصغر، فتصير أمّ ولد له، كما لو ادّعيا على التعاقب.

أمّا في الفصل الأول: دعوى[1] الأصغر كان سابقا على الإقرار بالأكبر، فإذا صدّقه الأكبر، واستند تصديقه إلى وقت الإقرار، لايُعتبر دعواه سابقا على دعوى الأصغر بل يكون بعده، فكانت الجارية أمّ ولد لمدّعي الأصغر، كما لو ادّعى مدّعي الأصغر، ثم مدّعي الأكبر، فإذا صارت الجارية أمّ ولد لمدّعي الأكبر ههنا، كان حكمه كحكم مدّعي الأصغر في الفصل الأول.

وكان ينبغي أن لا تصحّ دعوة مدّعي الأصغر، لأنه ادّعى ولد أمّ ولد شريكه، وإنما صحّت دعوته استحسانا، لأنه حين ادّعى الأصغر، كانت الجارية مملوكة بينهما[2]، وإنما صارت أمّ ولد لصاحبه بعد التصديق[3]، فيصير مغرورا، فيثبت النسب منه، ويضمن قيمة الولد لشريكه، موسرا كان أومعسرا، وهو والمغرور سواء.

ويضمن عقر الجارية أيضا في رواية هذا الكتاب، لأنه أقرّ أنه وطيء أمّ ولد الغير، وفي رواية قال: يضمن نصف العقر.

قالوا: ليس في المسألة روايتان، بل يجب عليه العقر كاملا، إلا أن صاحبه يضمن نصف العقر أيضا، فصار نصف العقر قصاصا بنصف العقر، يبقى عليه نصف العقر، فما

(١) في (ج) و (د): "دعوة".

(٢) في (ج) و (د): "ينهم" وهو خطاء.

(٣) «المبسوط» للسرخسي ١٧/ ١٢٦.

ذكر أنه في بعض الروايات يضمن نصف العقر، فذاك جواب الحاصل[1].

هذا إذا صدّقه الشريك، أمّا إذا كذّبه الشريك: ففي الفصل الأول: وهو إذا بدأ بدعوى الأصغر، فالجارية أمّ ولد لمدّعي الأصغر، وعليه نصف قيمتها ونصف عقرها، ولايضمن من قيمة الأصغر شيئا[2]؛ لأن دعوة مدّعي الأصغر، نفَذت ما وجدت من غير توقّف، ولاتتغيّر بالتصديق والتكذيب.

وأمّا الأكبر: لايثبت نسبه من الشريك عند التكذيب، بقي حكمه حكم عبد بين شريكين، شهد أحدهما على صاحبه بالإعتاق، وأنكر الشريك الآخر، عند أبي حنيفة رحمه الله: يسعي في قيمته لهما على كل حال.

وعند أبي يوسف ومحمد: إن كانا معسرين، أو كان المنكر معسرا، فكذلك، وإن كانا موسرين، أوكان المشهود عليه موسرا سَعى للمنكر، ولايسعى للشاهد[3]، لأن الشاهد يدّعي الضمان، ويبرأ عن السعاية.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: يَسَار المشهود عليه لايمنع الاستسعا، وعندهما: يمنع الشاهد بين الاستسعا ولايمنع المشهود عليه.

وأما إذا بدأ بشريكه، وثني بنفسه، وكذّبه الشريك: ذكر ههنا أن الجواب فيه كالجواب في الفصل الأول: تصير الجارية أمّ ولد لمدعي الأصغر، والأصغر حرّ بغير شيء،

(١) راجع للتفصيل «المبسوط» للسرخسي، ١٧/ ١٤٢.

(٢) المرجع السابق.

(٣) «المبسوط» ١٧/ ٢٤٦.

ويضمن لشريكه نصف قيمة الجارية ونصف عقرها، وحكم الأكبر كحكم عبدٍ بين رجلين شهد أحدهما على صاحبه بالإعتاق، لأن الإقرار بنسب الأكبر بطل بالتكذيب، فصار كأن لم يكن.

قيل: هذا على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

أما على قول أبي حنيفة: ينبغي أن لاتصح دعوة مدّعي الأصغر، ولاتصير الجارية أمّ ولد له؛ لأنه أقرّ بإبنية الولد لصاحبه، وأنه حقٌّ لاينفسخ، فلا يبطل بالتكذيب، كمن أقرّ بنسب ولد جاريته لعبده، وكذّبه العبد، ثم ادّعي لنفسه بعد ذلك، لاتصح دعوته في قول أبي حنيفة، وعندهما تصح، فهذا على ذلك الخلاف[1].

ـ والله أعلم ـ

(١) «المبسوط» ١٧/٢٤٦.

باب من الدعوى والخصومة والاستيثاق للخصم والإقرار عند القاضي

بنى الباب على أن القاضي مامور بالنظر والاحتياط، لأنه نُصب لدفع الظلم، وأيصال الحقوق إلى أربَابها، فيحتاط لا بقائها[1]، ويحترز عن تعطيلها[2].

وفي الباب فصول ثلاثة:

أحدها: أن يكون المدّعَى حقا قائما بالمدّعى عليه، نحو الطلاق، والعـ ق، والدَين، ونحو ذلك.

والثاني: أن يكون منقولا.

والثالث: أن يكون عقارا.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: إذا تقدّم الخصَمان إلى القاضي، فادّعى أحدهما على صاحبه مالاً أو حقاً، وجَحَد خصمه، فأقام البينة على ذلك، وطلب من القاضي أن يكفل المدّعى عليه، فالقاضي يُجيبه إلى ذلك، ويأمر بإعطاء الكفيل بنفسه[3]، وهذا استحسان.

والقياس أن لا يأمر، لأن إعطاء الكفيل تبرّع، والإنسان لايجبر على التبرّع، ولأن

---

(١) في (ج) و (د): "لإحيائها".

(٢) انظر أدب القاضي من «المبسوط» للسرخسي ١٦/ ٦٠ ـ ٦٦، وراجع ص .

(٣) وتمامه في تكملة «فتح القدير» ٧/ ١٨١.

فيه ترجيح جانب المدّعي علي المدعى عليه قبل ظهور الحق[1].

وجه الاستحسان: أن القاضي مأمور بالقضاء عند ظهور العدالة، ولو لم يكفل ربما تَغيّب، والقضاء لايجوز إلا بحَضرة الخصم[2]، فيتعذّر عليه القضاء، وليس في التكفيل كبيرُ ضررٍ بالمدعى عليه، لأنه إن لم يكن من قصده الاختفا لايتضرّر، وإن كان قصده الاختفا، كان ظالما، فلاينظر له، فيكفله احتياطا[3].

وإن طلب التكفيل قبل إقامة البينة، هل يجيبه القاضي إلى ذلك؟ فالمسألة على وجهين:

إن قال: بيّنتي غائبة، لايجيبه[4]، لأنه عسى يجد بينةً، وعسى لايجد، فيتضرّر المدعى عليه بالتكفيل من غير نفع ظاهر.

وإن قال: بيّنتي في المصر، القياس أن لايجيبه القاضي إلى ذلك، لأن الحق لايثبت بمجرّد الدعوى[5]، فكان الحال بعد الدعوى كالحال قبله، وقبل الدعوى لايكفله.

وفي الاستحسان: يكفله[6]، لأن المدعي قد لايُحضر الشهود في الابتداء لرجاء

---

(١) راجع للتفصيل: تكملة «فتح القدير» ٧/ ١٨١.

(٢) إن أخذ الكفيل مما اختلف فيه السلف، روي عن قتادة والشعبي أنه لا يجوز، وروي عن ابراهيم النخعي أنه يجوز، وهذا هوالاستحسان الذي أخذبه الحنفية. انظر تكملة «فتح القدير» ٧/ ١٨١.

(٣) تكملة «فتح القدير»، ٧/ ١٨١.

(٤) المرجع السابق.

(٥) وفيه نظر وترجيح لجانب للمدعي. تكملة «فتح القدير»، ٧/ ١٨١، «البحر الرائق» ٧/ ٢١٠.

(٦) كذا في «البحر الرائق»، ٧/ ٢١٠.

الإقرار، فإذا جَحد الخصم يحتاج إلى البينة، فلولم يكفل ربما تغيّب، فلايتوصّل إلى حقه، ولو كفله إلى إقامة البينة، لايتضرّر المدعى عليه ضررا ظاهرا[1]، فيكفله، ويمهله لإحضار الشهود بقدر ما يرى[2].

ألا تري أن في الابتداء يستحضره لسماع الدعوى احتياطا لإحياء الحقوق، فكذلك التكفيل.

وإنما يكفله بطلب المدّعي؛ لأن حقوق العباد لاتستوفى إلا بطلبهم، ولهذا قالوا: إن القاضي لايأمر المدعى عليه بجواب الخصم إلا بطلب المدعي[3].

وحكي: أن رجلا ادّعى على بِشر بن غياث[4] شيئا عند القاضي، فقال القاضي

---

(١) وهذا لأن الحضور مستحقٌ عليه بمجرد الدعوى، حتى يُدعى عليه، ويحال بينه وبين أشغاله، فصح التكفيل بإحضاره. تكملة «فتح القدير» ٧/ ١٨١. «البحر الرائق» ٧/ ٢١٠.

(٢) قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه في خطابه الشهير الذي كتبه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه ووجّه فيه اسس قيّمة لنظام القضاء: «اجعل للمدعي أمدا ينتهي إليه، فإن أحضر بينة، آأخذ بحقّه، وإلا وجّهت القضاء عليه، فإن ذلك أجلى للعمى وأبلغ في العذر» وعلّق عليه الأمام السرخسي قائلا: فيه دليل على أن القاضي، عليه أن يهمل كل واحد من الخصمين بقدر ما يتمكّن من إقامة الحجة فيه، حتى إذا قال المدعي: بينتي حاضرة، أمهلّه، ليأتي بهم، فربما لم يأت بهم في المجلس الأول بناء على أن الخصم لايُنكر حقه لوضوحه، فيحتاج إلى مدة ليأتي بهم. انظر «المبسوط» ١٦/ ٦٣، و «فتح القدير» ٧/ ١٥٩.

(٣) راجع «الفتاوى الهندية» ٣/ ٢٤٦.

(٤) هو بِشر بن غياث بن عبد الرحمن المرِيسى، تقدم ترجمته في كتاب الوكالة، ص ١٠٤٦.

لبشر: أجب خصمَك، فقال بِشر: حرام عليك مسألتي، وحرام عليّ إجابتك، وإنما قال ذلك؛ لأن القاضي أمرَه بجواب الخصم قبل طلب المدعي.

وحكى ابن سماعة[1] عن محمد رحمه الله: أنه قال: لو كان الخصم لايهتدي إلى ذلك، أو يدخله حَصر لمهَابَة القاضي، لابأس للقاضي أن يسأله الجواب من غير طلب الخصم؛ ليكون إعانةً للعاجز عن استيفاء الحق[2].

وينبغي أن يكون الكفيل معروفا: معروف الدار، معروف التجارة[3]، ليحصل التوثّق[4].

---

(١) هو محمد بن سَماعَة التميمي، تقدم ترجمته في ص ٥٨.

(٢) يدل عليه قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه فيما كتبه إلى معاوية رضي الله عنه، في أمر القضاء، حينما كان عاملا بالشام: "الزم خمس خصال، يسلم لك دينك وتأخذ فيه خطك" .. ثم ذكر فيه: وأدن الضعيف حتى يشتدّ قلبه، و ينبسط لسانُه" يقول السرخسي معلقا عليه: لم يُرد بهذا الأمر تقديم الضعيف على القوي، وإنما أرادالأمر بالمساواة، لأن القوي يدنو بنفسه لقوته، والضعيف لا يتجاسر على ذلك، والقوى يتكلم بحجته، وربما يعجز الضعيف عن ذلك، فعلى القاضي أن يدني الضعيف، ليساويه بخصمه حتى يقوي قلبه، وينبسط لسانه، فيتكلم بحجته. «المبسوط» ١٦/ ٦٦.

(٣) ينبغي أن يكون الكفيل ثقة، كما نقله ابن نجيم عن «الفتاوى البزازية» وفسّره بأن لايختفي نفسه، ولايهرب من البلد، بأن تكون له دار معروفة وحانوت معروف، لايسكن في بيت بكراء يتركه ويهرب، وفسّره في «شرح المنظومة»: بأن يكون معروف الدار معروف التجارة، ولايكون لحوحا معروفا بالخصومة، وأن يكون من أهل المصر، لاغريب. «البحر الرائق» ٧/ ٢١١.

(٤) كما يصح أن يكون الواحد كفيلا بالنفس، و وكيلا بالخصومة، لأن الواحد يقوم بهما. تكملة

فإن أعطاه كفيلا ثقةً لكنه ليس بتاجر، فقال: المدّعي أريد كفيلا تاجرا معروفا عند الناس، لايلتفت إليه، لأن المقصود وهو الاستيثاق، يحصل بالكفيل إذا كان ثقةً لايخاف منه الهرب، فما وراء ذلك من شهوات النفس، ولا غاية لها.

فإن امتنع من إعطاء الكفيل، يُجبره القاضي على ذلك، وليس الجبر ههنا بالحبس[1]؛ لأن الحبس نهاية في العقوبة، لو امتنع عن أداء المال بعد القضاء، لايعاقبه إلا بالحبس.

ولا يَحبسه قبل ظهور الحق[2]، لكن يأمره بالملازَمة، وليس تفسير "الملازَمة": هو المنع عن الذهاب؛ لأنه حَبس، لكن يذهب المدّعي مع المدّعى عليه، ويدور معه أينما دار كيلا يغيب[3].

فإذا انتهى إلى باب داره، وأراد الدخول، يستأذنه المدعي في الدخول، فإن أذن له يدخل معه، ويسكن حيث يسكن، وإن لم يأذن له بالدخول يجلسه على باب داره، ويمنعه من الدخول كيلا يختفي[4].

«فتح القدير» ٧/ ١٨١.

(١) في (ج) و (د): "بالجس".

(٢) أي قبل أن يظهر الحق بالإقرار أو بالبنية.

(٣) انظر تفسير "الملازمة" تكمله «فتح القدير» ٧/ ١٨٢، «ردّ المحتار» ٤/ ٣٥٦. باب الحبس.

(٤) لكن أحسن تفسير للملازمة هو ما ذكره ابن عابدين في حاشيته بقوله: وأحسن الأقاويل في الملازمة ما روي عن محمد أنه قال: يلازمه في قيامه وقعوده، ولا يمنعه من الدخول على أهله، ولا من الغداء والعشاء والوضوء والخلاء، وله أن يلازمه بنفسه وإخوانه وولده، ممن أجب. راجع

فإن كان المدعى عليه امرأة، لايحفظها بنفسه، لكن يستأجر امرأة ثقةً حتى تحفظها[1].

وإن طلب المدعي أن يعطيه كفيلا بنفسه، ووكيلا بالخصومة، أجابه القاضي إلى ذلك؛ لأنه لو أعطاه كفيلا بنفسه، وغاب، لايمكنه القضاء على الكفيل، فتمام[2] النظر لايحصل إلا بالتوكيل،

ويجوز أن يكون الكفيل والوكيل واحدا لحصول المقصود[3].

فإذا أعطاه كفيلا بنفسه، وامتنع عن التوكيل لايجبره القاضي، ولايأمره بالملازَمة، لأنه لما أعطاه كفيلا، فقد أوفاه حقّه، وحصل التوثّق[4].

وإن أعطاه وكيلا بالخصومة، وامتنع عن إعطاء الكفيل، أجبره القاضي على إعطاء الكفيل؛ لاحتمال أن يغيب الوكيل والمدعي عليه، فلايحصل المقصود[5].

وإن أعطاه وكيلا بالخصومة، وكفيلا بنفس الوكيل، قُبِل ذلك منه في سائر الحقوق لحصول المقصود[6]، وهو التوثّق، ولايقبل في الدَين؛ لأنه وإن قضى القاضي على

«ردّ المحتار» ٤/ ٣٥٦.

(١) «ردّ المحتار» ٤/ ٣٥٦.

(٢) "فتمام" ساقط من (ج) و (د).

(٣) انظر تكملة «فتح القدير» ٧/ ١٨١.

(٤) راجع «الكفاية» شرح الهداية ٧/ ١٨١.

(٥) المرجع السابق.

(٦) المرجع السابق.

الوكيل، لايمكنه استيفاء المال من الوكيل، فيحتاج إلى أن يأخذ كفيلا بنفس المدعى عليه حتى يحضره؛ فيستوفي[1] منه المال[2].

وإن أعطاه وكيلا، وكفيلا بنفس الوكيل، وكفيلا بالمال المدّعى به، لايقبل منه، إلا أن يرضي[3] به المدعي؛ لأن الناس يتفاوتون في الأداء؛ فربما يكون الاستيفا من الأصيل أيسَر، فلا يقبل ذلك إلا برضى المدعي[4].

وإن كان الدعوى في عَيْنٍ فاته، يأخذ مع ذلك كفيلا بالعين المدّعى به[5]؛ لأنه كما لايمكنه القضاء إلا بحضرة الخصم، لايمكنه القضاء إلا بحضرة العين المدعى به، فلو لم يأخذ منه كفيلا [بالعين][6] المدعى به، ربما تغيّب ذلك العين، فيتعذّر القضاء، فإن لم يُعطِ كفيلا بالعَين، كان للمدعي أن يلازم ذلك العَين كيلا يغيبه.

فإن أعطاه وكيلا بالخصومة، وكفيلا بنفس الوكيل، وسلّم العين المدعى به إلى الوكيل، لايقبل ذلك منه، حتى يعطيه كفيلا بالعين المدعى به؛ لأنه كما يتوهّم تغييب العين من الأصيل، يتوهّم تغييبه من الوكيل، دفعا للخصومة عن نفسه، فيأخذ منه كفيلا بذلك

---

(١) في (ج) و (د): "ليستوفي".

(٢) راجع الكفاية شرح الهداية ٧/ ١٨١.

(٣) في (ج): "رضي".

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

(٦) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

العين، أو يضعه على يدَي عَدل[1].

فإن كانت الدعوى في العقار، فأعطاه المدعى عليه كفيلا بنفسه، ووكيلا بالخصومة، أو أعطاه وكيلا بالخصومة، وكفيلا بنفس الوكيل، قُبل ذلك منه؛ لأن العقار لايقبل التغييب، ولايشترط إحضاره في مجلس القضاء، فلايحتاج إلى الكفيل بالمدعى به.

وإن غاب المدّعى عليه بعد ما جحَد، وأقيم عليه البينة، ثم عُدّلت البينة، لايقضى عليه حال غَيبته[2].

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يقضى عليه، لأن حضرته شرط لإنكاره، ولسماع البينة[3]، وقد تحقّق، فيجوز القضاء، كما لو أقرّ، ثم غاب[4].

وجه ظاهر الرواية: أن حَضرة المقضيّ عليه إنما كان شرطا؛ ليكون القضاء على من كان في ولايته، والغائب ليس في ولايته، ولأنّ صيانة القضاء عن البطلان واجبٌ ما أمكن.

فلو قضى عليه حال غيبته، ربما ياتى المدّعى عليه بمايبطل قضاءهُ، بأن يثبت أن

---

(١) راجع الفتاوى الشامية ٤/ ٤٧٥.

(٢) انظر «فتح القدير» ٧/ ٢٨٨-٢٨٩.

(٣) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "وإسماع البينة".

(٤) وكان بو يوسف يقول أولا: لا يقضي بالبينة والإقرار على الغائب جميعا، ثم رجع لما ابتلى بالقضاء، وقال: يقضى فيهما جميعا. راجع «فتح القدير» ٧/ ٢٩٥.

الشهود كانوكفارا، أوعبيداً، أولهم شركة في المال المدعى به، فيبطل القضاء[1].

ولأن القاضي مامور بالنظر للكل، ومن أسباب الدفع ما يُسمَع قبل القضاء، ولايُسمع بعده، فلو جاز القضاء حال غَيبته قبل عجزه عن الدفع، لايمكنه التدارك، فيؤدّي ذلك إلى ابطال حقه.

بخلاف الإقرار: فان به لا يقبل منه ما يُبطل إقراره، إنما يقبل منه دعوى الإيفاء والإبرء، وذاك لايبطل بالقضاء، فيجوز القضاء[2] حال غيبته[3].

قال: ألا ترى أن المرأة إذا ادّعت [الطلاق][4] على زوجها، أو ادّعت الأمة العتق على مولاها، وأقامت البينة، فغاب المدعى عليه، لايقضى عليه بتلك البينة، ولو أقرّ ثم غاب، يقضى عليه بإقراره.

---

(١) راجع «فتح القدير» باب من لا تقبل شهادته، ٧/ ٢٨٨.

(٢) قوله: "فيجوز القضاء" ساقط من (ج) و (د).

(٣) انظر «فتح القدير» ٧/ ٢٩٠.

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

باب ما يكون فيه خصما إذا لم يعلم ثم لاتردّ خصومته إذا علم وما لايكون فيه خصماً إذا علم قبل القضاء

بنى الباب على أصول ظاهرة:

أحدها: أن المدعى عليه إذا أقرّ بما يجعله خصماً ثم ادّعى ما يخرجه من أن يكون خصماً، لايقبل؛ لأنه يُبطل حقاً أقرّ به، ولايتمكّن من ذلك إلاّ بتصديق المدعي.

والثاني: أن البينة على حقوق العباد لاتقبل إلاّ من [خَصم][1] حاضرٍ على خصم حاضر.

والثالث: أن القضاء بالملك المطلق قضاء على المدعى عليه، وعلى من تلقّى الملك منه.

وفي الباب فصول ثلاثة: فصل في دعوى الملك المطلق، وفصل في دعوى الملك بسبب مؤرّخ، وفصل في الشفعة.

أما الأول: قال محمد رحمه الله: رجل ادّعى داراً في يدِ رجل أنها له، وأقام البيّنة، فقال المدعى عليه: هي لفلان، بعتها منه منذ شهرٍ، وقبضها مني، ثم أودَعَنيها، وغاب، فإن القاضي يسأل المدعي عن دعوى صاحب اليد: إن صدّقه في ذلك، لاخصومة

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

بينهما حتى يحضر المشتري[1]؛ لأنه أقرّ أن يدَه يدَ وديعةٍ، لا يدَ خصومةٍ.

وإن كذّبه، وعلم القاضي بالبيع والإيداع فكذلك؛ لأن علم القاضي فوق تصديق الخصم.

وإن لم يعلم القاضي بذلك، فقال ذو اليد: أنا أقيم البينة على ما قلت، لا يلتفت إليه[2]؛ لأنه أقرّ أنه كان خصماً في الزمان الماضي، ثم ادعى إخراج نفسه عن الخصومة ببيعٍ جرَى بينه وبين الغائب، والقضاء بالبيع على الغائب لا يجوز إلا بمحضَر من الخصم، أو بحضرة من قام مقامَه[3]، ولم يوجد.

أما صاحب اليد: فلأنه يُثبت بيعاً جرى بينه وبين [الغائب][4]، والإنسان فيما يدّعي لنفسه على الغائب، لا يكون خصماً عن الغائب، والمدعي لا يصلح خصماً عن الغائب أيضاً؛ لأنه ليس بينهما اتصال بسبب حتى يكون خصماً عنه، فيتعذّر القضاء بالبيع، وما لم يثبت البيع، لا يخرج من أن يكون خصماً للمدعي، وإذا لم تندفع عنه الخصومة يقضى بالدار للمدعي[5].

فإن حضر الغائب بعد ذلك، وادّعى أن الدار له، وأقام البينة على المقضيّ له، فإن

---

(١) فلا يكون المدعى عليه خصما، لأنه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة، وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم. راجع للتفصيل تكمله «فتح القدير» ٧/ ٢٢٣.

(٢) راجع تكملة «فتح القدير» ٧/ ٢٢٦.

(٣) انظر «ردّ المحتار» ٤/ ٣٧٣.

(٤) ما بين المعكوفتين مثبت من (ج) و (د)، وفي الأصل: "بين البائع"، وما ثبت أولى.

(٥) راجع تكملة «فتح القدير» ٧/ ٢٢٦-٢٢٧.

القاضي يسأله: من أيّ وجه صارت له، فإن قال اشتريتها من ذي اليد، لاتسمع دعواه؛ لأن القاضي قضى بالملك على ذي اليد، والقضاء عليه قضاءٌ على من تلقّى الملك منه، والمدعى عليه لو أقام البينة على الملك بعد[1] القضاء، لاتقبل بينته، فكذلك من ادّعى الشراء منه[2].

وإن لم يبيّن الذي حضر سبباً لملكه، وأقام البينة أنها له، قُبلت بينته، ويقضى بالدار له[3]؛ لأن القضاء على ذي اليد لايتعدّى إلى غيره إذا لم يتلقّى الملك من جهته، ولهذا لو ادّعى واحد من عرض[4] الناس على المقضيّ له، وأقام البينة على الملك المطلق، قُبلت، فكذالك الحاضر.

وإن حضر الغائب قبل القضاء للمدعي، لم يذكر في الكتاب، والجواب: أنه لو ادّعى ملكاً مطلقا، صارا كخارجين[5].

وإن ادعى أنه اشتراها من ذي اليد منذ شهر، وأقام البينة، قُبلت بينته لدفع بينة المدعى؛ لأن بينة الحاضر تُثبت أن بينة المدعى قامت على غير الخصم، ويقال للمدعي: أعد الشهود على الحاضر إن شئت[6].

---

(١) في (ج) و (د): "على بعد القضاء".

(٢) المرجع السابق.

(٣) انظر تكملة «فتح القدير» ٧/ ٢٢٦.

(٤) في (ج) و (د): "عوض الناس"، وهو خطأ.

(٥) راجع للتفصيل «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٤٨.

(٦) انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٤٩.

وأما الفصل الثاني:

رجل في يديه دار، ادّعى رجل أنه اشتراها من ذي اليد منذ سنة، وقال صاحب اليد: هي لفلان بعتها منه منذ شهر، و سلّمتها[1] إليه، ثم أودَعنيها، وغاب، فإن القاضي يسأل المدعي عمّا قال صاحب اليد، إن صدّقه فيما قال، فلاخصومةَ بينهما حتى يحضر الغائب، لما قلنا، وكذا إذا جَحد، وعلم القاضي[2]، لما قلنا.

وإن لم يكن شيء من ذلك، وأراد صاحب اليد أن يقيم البينة على ما قال، لاتقبل بينته لما مرّ، فإن أقام المدعي البينة على ما ادّعى[3]، ثم حضر الغائب قبل القضاء، وأقام البينة على ماقال صاحب اليد، قُبلت بينته[4]؛ لأنها تُثبت أن بينة المدعي قامت على غير الخصم، فتبطل بينة المدعي.

فإن أعاد المدعي بينته على الحاضر، يقضى له لسَبق شرائه، فإن حضر الغائب بعد ماقضى للمدعي، لاتقبل بينته لأن قضاء القاضي بشراء المدعي منذ سنة يُبطل كلّ بيع كان بعده، فلاتقبل بينته إلاّ أن يدعي شراء قبل سنة، فيقضى له؛ لأنه أسبق[5].

---

(١) في (ج) و (د): "ثم سلّمتها".

(٢) راجع تكمله «فتح القدير» ٧/ ٢٢٦.

(٣) في (ج) و (د): "من ادّعى".

(٤) تكملة «فتح القدير» ٧/ ٢٢٦-٢٢٧.

(٥) وذلك مبني على قاعدة معروفة: وهي "أن الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات". انظر تكملة «فتح القدير» ٧/ ٢٣٥.

وأما الفصل الثالث:

رجل اشترى دارا، وقبضها من الشفيع، وطلب الشفعة، وأقام البينة على المشتري، فقال المشتري: بعتها من فلان بكذا، وسلّمتها إليه، ثم أودَعنيها، وغاب، فإن القاضي يسأل الشفيع عمّا قال، فإن صدّقه، أو جَحد، وعلم القاضي بالبيع والتسليم، لاتقبل بينة الشفيع عليه؛ لأنه مودع، وإن كذّبه، ولم يعلم القاضي بذلك، فأقام البينة على ما ادّعى، لاتقبل بينته، لما قلنا.

فإن قضى بالشفعة، ثم حضر الغائب، وأقام البينة على الشراء، لاتقبل بينته؛ لأن القاضي لما قضى بالشفعة، وحق الشفيع مقدم على حق المشتري، صار المشتري مقضيًا عليه بحقٍ سابقٍ على شرائه، فيبطل البيع الثاني ضرورةً[1].

وإن حضر الغائب قبل أن يقضى للشفيع، وأقام البينة على أنه اشتراها من المشتري، قُبلت بينته؛ لأنه أثبت ببيّنته أن بينة الشفيع قامت على غير خصم، فإن أعاد الشفيع البينة، قبلت بينته، ويأخذ بأيّ البيعين شاء، كما لو ثبت ذلك عيانا.

وكذا لو صدّق الشفيع المشتريَ فيما قال قبل القضاء بالشفعة، بطلت بينة الشفيع؛ لأنه أقرّ أن بينته قامت على غير خصم، وإن صدّقه بعد القضاء بالشفعة، لايبطل القضاء بالشفعة؛ لأن القضاء بالشفعة نَقضٌ لكل عقدٍ باشَره المشتري، فإنما أقرّ الشفيع بشراء منتقَض، فلايعتبر هذا الإقرار.

---

(١) ونظائرها كثيرة، راجعها في دفع الدعوى من «ردّ المحتار» ٤/ ٤٨٣ و ٥/ ١٦٠، و«تكملة فتح القدير» فصل فيما لا يكون خصما ٧/ ٢٢٦-٢٢٧.

وهذا على أصل أبي حنيفة رحمه الله ظاهر؛ لأن القضاء بالشفعة بمنزلة القضاء بالبيع[1]، وهو قضاء بنقض البيع الثاني الذي يدّعيه المشتري، فينفذ ظاهرا وباطنا.

وأما على قولهما: كان ينبغي أن يردّ هذا القضاء؛ لأنه أقرّ أنه وقع بغير حق، وإنما لايردّ؛ لأن فيه قضاء بنقض البيع الثاني على الغائب، وأنه مجتهَد فيه، فلايبطل[2].

ـ والله أعلم ـ[3]

(١) «المبسوط» للسرخسي ١٧/ ١٦٩.

(٢) انظر «المبسوط» ١٧/ ١١٢.

(٣) ورد في الأصل بعد هذا: "تمّ كتاب الدعوى".

كتاب الإقرار

ما لايصدّق فيه المؤاجر على نقض الإجارة والمرأة على زوجها والمحبوس على ربّ الدين والمريض على غرمائه

بنى البابَ على أصول ثلاثة:

أحدها: أن الإجارة تُفسخ بالأعذار عندنا[1]؛ لأنه لايتمكّن من استيفاء المعقود عليه إلا بضرر.

وقال الشافعي: لاتُفسخ؛ لأنه إبطال حق الآخر[2].

---

(١) يقول الإمام الطحاوي: ليس للمؤاجر نقض الإجارة فيه إلى انقضاء تلك المدة إلا من عذر" واستدل له الجصاص بقوله تبارك وتعالى: ﴿يا أيّها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ [المائدة: ١]، وقول الرسول ﷺ: «المسلمون عند شروطهم» (أخرجه البخاري والترمذي وأبوداود) وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] فظاهره يقتضي وجوب استحقاق الأجر بالرضاع، سواء اختار الزوج فسخ الإجارة أو لم يختر. راجع «مختصر الطحاوي» ص ١٣٠، وينظر تفصيل الأدلة في «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص، القسم الثاني، ١/ ٣٨٤. و «المبسوط» ١٦/ ٢.

(٢) يرى الشافعية وهو رأي الحنابلة والمالكية أن الإجارة عقد لازم كالبيع، لاتنفسخ بالعذر، وإنما تنفسخ الإجارة فقط عند فوات المعقود عليه وهو المنفعة، أو وجود العيب بها. يرجع للتفصيل:

وقال شريح[1]: تفسخ بعذر، وبغير عذر[2]، وهي تعرف في الأصل.

و«العذر»: "أن لايمكنه الجَري علىٰ موجَب العقد إلابضرر يلحقُه في غير المعقود عليه"[3]؛ لأنه لم يلتزم ضرراً لم يتناوله العقد.

والثاني: أن الإقرار إذا صادَف حق المقرّ نفَذ، وإن تعدّى ضررُه إلى الغير، وإن

«كتاب الأم» ٤/ ٣٠، «بداية المجتهد» ٢/ ٢٢٧، «مغني المحتاج» ٢/ ٣٥٥، «المغني» ٥/ ٤٠٩، «المهذب» ١/ ٤٠٥.

(١) هو الإمام القاضي شريح بن حسن بن الحارث بن قيس، أبو أمية، الكندي، القاضي، التابعي، أدرك النبي صلى الله عليه وسلم، ولم يلقه، وقيل لقيه.
استقضاه عمر على الكوفة، وأقروه بعده فبقي على قضائها ستين سنة إلى زمن الحجاج، وتوفي سنة ٧٦ هـ، وقيل ٧٨ هـ، وله «١٢٠» سنة وكان قائفاً وشاعراً. انظر ترجمته: في أخبار القضاة ٢/ ١٣٣، وطبقات ابن سعد ٦/ ٥٠، والبداية والنهاية ٣/ ٧٧، ٢/ ٥٦٢، وحلية الأولياء ٤/ ١٣٣. صفة الصفوة لابن الجوزي، تحقيق: محمود فاخوري ومحمد رواس قلعجي ٣/ ٣٧.

(٢) نسب إليه هذا القول الإمام الجصاص في شرحه فقال: ومن السلف مَن يرى نقضها من غير عذر، وأحسبه قول شريح. «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص، القسم الثاني، ١/ ٣٨٤.

(٣) قال أبو البقاء الكفوي: "العذر" في الأصل: تحرّي الإنسان ما يمحو به ذنوبه بأن يقول: لم أفعله، أو فعلت لأجل كذا، أو فعلت ولا أعود، وهذا الثالث توبة. فكل توبة عذر بلاعكس. «الكليات» ص ٦٤٤، وعرّفه الجرجاني بأن العذر: ما يتعذّر عليه المعنى على موجب الشرع إلا بتحمّل ضرر زائد. «التعريفات» مادة رقم: ٩٦٠، ص ١٩٢. ونقل في القاموس الفقهي عن ابن حجرفي تعريفه: هو الوصف الطارئُ على المكلف المناسبُ للتسهيل عليه، ص ٢٤٥. نلاحظ أن تعريف قاضي خان للعذر أكثر وضوحا وأدقّ صياغة ومعنى.

صادف حقَ الغير لاينفذ.

والثالث: أن الحَجر على الحرّ باطل في قول أبي حنيفة رحمه الله، خلافاً لصاحبيه رحمهما الله، والمسألة معروفة.

وفي الباب فصول أربعة: الإجارة، والنكاح، والحجر، وإقرار المجهول بالرقّ.

أما الأولّ: قال محمد رحمه الله: رجل آجَر أرضَه من رجل عشر سنين أو أكثر بأجرٍ معلومٍ إلى أجل معلوم، فهو جائز لاستجماع شرائط الجواز[١].

أما جواز الإجارة: فهو ثابت بكتاب الله تعالى، وإجماع الأمّة[٢]، وقال بعض الناس: لايجوز، وإنه قول مردود؛ لكونه مخالفاً للكتاب، وإجماع الأمة.

أما جوازها عشر سنين أو أكثر: مذهب أصحابنا[٣]، وقال الشافعي: لاتجوز الإجارة أكثر من ثلاث سنين[٤]، وظاهر الكتاب في قصة موسى وشعيب عليهما السلام

---

(١) راجع «المبسوط» ١٥/ ١٣٢، مختصر الطحاوي ص ١٣٢.

(٢) انظر كتاب الإجارات من «الإجماع» بان المنذر ص ١٠٠

(٣) راجع «المبسوط» ١٥/ ١٣٢، «بدائع الصنائع» ٤/ ١٧٩، تكملة فتح القدير ٧/ ١٥٠.

(٤) للشافعية فيه عدة أقوال: في بعضها أنه لايجوز أكثر من سنة، وفي بعضها أنه لايجوز أكثر من ثلاثلاث سنين. وبعضها أنه لايجوز أكثر من ثلاثين سنة. لكن الصحيح وأظهر أقوال الشافعي أنه تصحّ الإجارة على أيّ مدة، طالت أو قصرت بعد أن كانت معلومة، وهو قول أكثر العلماء، والشافعية نصّوا على صحة عقد الإجارة مدة تبقى فيها العين غالبا بحسب رأي أهل الخبرة، ولايقدّر للإجارة أقصى مدة، إذ لادليل عليه من الشرع. انظر «المجموع» ١٥/ ٢٦٦، «المهذب» ١/ ٣٩٦، «مغني المحتاج» ٢/ ٣٤٩ «مختصر اختلاف العلماء» للجصاص ٤/ ١٢٠.

حجّة عليه.

وأما جواز التاجيل في الأجرة؛ لأنها دَين لايجب قبضه في المجلس، فيجوز فيه التاجيل، كثمن المبيع.

قال: وليس لربّ الأرض أن ينقض الإجارةَ بغير رضى المستأجر إلابعذر[1]، لما ذكرنا في أصل الباب.

ومن الأعذار: أن يلحقه دَين [قادح][2] لاوفاء له إلامن ثمن الأرض[3]؛ لأنه لايتمكّن من إمضاء العقد إلابضرر لم يلتزم[4]، وهو ضرر الملازَمَة، والمطالَبة، والحبس بالدين؛ ولأنه اجتمع ههنا حقان: حق ربّ الدين في قضاء الدين، وهو من ثمنه، وحق المستأجر في الإجارة، وحق صاحب الدين أقوى؛ لأنه لايسقط بعذر، ولايبطل بالموت، وحق المستأجر يبطل، فيتحمّل الأدنى لدفع الأقوى[5].

---

(١) راجع «ردّ المحتار» ٥/ ٢٥.

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٣) ذكر الإمام الطحاوي بعض الأعذار المقبولة: ومن العذر في ذلك من المستأجر، قيامه من السوق وتركه التجارة، ومن العذر في ذلك من قبل المؤاجر أن يحبسه القاضي في دين عليه، ولايكون له مال سوى الحانوت، ويرى القاضي بيعه في دينه، فيبيعه، فيكون بيعه إياه فسخا للإجارة فيه. «مختصر الطحاوي» ص ١٣٠. وانظر تفصيل الأعذار في نقض الإجارة وما يتفرّع عليها من مسائل «المبسوط» ١٦/ ٢-٥.

(٤) انظر «الفتاوى البزازية» على هامش «الفتاوى الهندية» ٥/ ١١١.

(٥) في (ج) و (د): "لدفع الأعلى".

ثم ذكر ههنا أنه لايصحّ النقض إلا بقضاء أو رضى، وأشار في "الإجارات"، و"المزارَعة" إلى أن الآجر ينفردّ بالفسخ من غير قضاء القاضي، والأصحّ ما ذكر ههنا لوجهين:

أحدهما: أن فسخ الإجارة بالعذر مجتهَد فيه، فكل واحد منهما يتمسّك بنوع دليل، فلايتمّ ذلك إلا بقضاءٍ أو رضى[1]، كالردّ بالعيب بعد القبض، وفسخ النكاح بخيار البلوغ، والرجوع في الهبة.

والثاني: أن العذر قد يكون مشتَبهاً، فيشترط القضاء لزوال الاشتباه حتى لو كان العذر ظاهرا بأن استأجر إنسانٌ طبّاخاً لوليمة، ومات العروس، أو لقطع يدٍ لوقوع الأكلة، فبرأت يده، أوما أشبه ذلك، لايحتاج إلى القضاء[2].

ثم إذا أراد أن يفسَخ ليَبيع بالدين، كيف يفسخ؟ يفسخ الإجارةَ أوّلاثم يبيع؟ أو يبيع فيكون ذلك فسخاً للاجارة؟ تكلّموا فيه:

قال بعضهم: يفسخ الإجارة أولاثم يبيع؛ لأن حق المستأجر يمنع التسليم، فلايصحّ البيع قبل انتقاض الإجارة، إلاأنه لايفسخ قبل حضور المشتري.

وقال بعضهم: يبيع أوّلاثم يفسخ الإجارة عند التسليم، وظاهر ماذكر ههنا يدلُّ على هذا[3]، ووجه ذلك أنه لاحقّ للغريم في نقض الإجارة، إنما حقّه في قضاء الدين

(١) انظر «ردّ المحتار» ٥/ ٥٢-٥٣.

(٢) المرجع السابق، وانظر «بدائع الصنائع»٦/ ١٨٣.

(٣) الإمام الكاساني رجّح هذا القول، وقال: فيبيع القاضى بدينه اولا ثم يفسخ المزارعة ولا تنفسخ بنفس العذر. «بدائع الصنائع»٦/ ١٨٣

والبيع لأجل ذلك.

وهذا على الرواية التي تجوز بيع المستأجر، ويمتنع التسليم قبل انفساخ الإجارة، ويخيّر المشتري إذا علم بالإجارة، إن شاء فسخ البيع، وإن شاء صبر المشتري إلىٰ أن تنفسخ الإجارة فيأخذ، كان له ذلك، فلهذا يباع أولا، ثم يفسخ لأجل التسليم.

فإن طلب الآجر من القاضي أن ينقض الإجارة قبل البيع، لاينقض القاضي، لما قلنا إنه لا حقّ للآجر والغريم في فسخ الإجارة، إنما حقه في البيع، فلو نقض قبل البيع ربما لايتفق البيع، فيصير النقض مقصودا، وذلك باطل[1].

فإن كان المؤاجر باعها قبل أن يتقدّموا إلى القاضي، ثم تقدّموا إلى القاضي، فإن القاضي يمضي البيع، وينقض الإجارة، لما قلنا، ويأخذ الثمن من المشتري، ويوفي به حق الغريم، ويسقط الأجر عن المستأجر حين نقض القاضي الإجارة لانفساخ الإجارة.

وإلى أن ينقض القاضي الإجارة، فالأجرة واجبة على المستأجر قبل البيع وبعده لبقاء الإجارة، والتمكّن من الانتفاع بقيام يده، ويكون الأجر طيبا للآجر؛ لأن المنافع استُوفيت على ملكه بحكم إجارة جائزة، بخلاف الغاصب إذا أجر المغصوب وسلّم حيث يجب له الأجر، ويلزمه التصدّق به؛ لأن ثَمّة استوفيت المنافع بحكم عقد حرام، فلايطيب له الأجر[2].

وكذا لو كان القاضي أمر الآجر بالبيع فباع، يجب الأجر على المستأجر إلى أن يبيع، لأن أمر القاضي إيّاه بالبيع أمر بالنقض، وليس بنقض، فما لم يبع لاتنتقض الإجارة.

(١) «بدائع الصنائع» ٥/ ١٨٤.

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٨٣.

وهذا إذا كان دين الآجر ظاهرا، فإن لم يكن ظاهرا، فأراد الآجر أن ينقض الإجارة وأبى المستأجر، فأقرّ الآجر لرجل بدَين كبير يأتي على قيمة الأرض والأجر، وصدّقه المقرّ له، وكذّبه المستأجر، صحّ إقراره في قياس قول أبي حنيفة، وتُباع الأرض، ويوفّى دَين الغريم.

وعلى قول صاحبيه لايصحّ إقراره علي المستأجر، ولاتنقض الإجارة[1].

لهما أن هذا إقرار يبطل حق المستأجر، فلايصدّق عليه، كما لو أقرّ الآجر برقبة الأرض لإنسان، وصدّقه المقرّ له، وكذّبه المستأجر.

ولأبي حنيفة أن إقراره صادف حقّ المقرّ؛ لأنه أقرّ بالدّين في ذمّته، وذمّته خالص حقه، وإنما يتضرّر المستأجر بفعل اختياريّ يحدث بعد الإقرار من البيع، ونقض الإجارة، فلايمنع صحّة الإقرار، ويظهر الدين في حق الكل، كالعبد المحجور إذا أقرّ على نفسه بقصاص، وكذّبه المولى، وكذا المرأة إذا أقرّت بذلك على نفسها، ويكون الثابت على نفسه بالإقرار كالثابت بالمعاينَة أو بالبينة، كذلك ههنا[2].

ولأن الإقرار إنما يردّ إذا لم يكن قادرا على إنشاء ما أقرّ به، والآجر يملك إيجاب الدين على نفسه باستهلاك المال معاينةً ونحوه، فلايردّ إقراره، إما لعدم التهمة أو لخلوّه عن الفائدة، بخلاف ما لوأقرّ برقبة الأرض.

أما على المعنى الأول: فلأن إقراره صادف محلا تعلق به حق المستآجر، ألا ترى أن الإقرار بالأرض لو سبق الإجارة، يمنع الإجارة والإقرار بالدين لو سبق الإجارة، لايمنع

---

(١) راجع للتفصيل «بدائع الصنائع» ٦/ ١٨٣.

(٢) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٨٣.

الإجارة، لما عُرف أن الدين لايتعلق بمال المديون في صحّته.

وأما على المعنى الثاني: فلأن الآجر ممنوع عن مباشرة السبب في الأرض المستأجرة، فإنه لو باع أو وهب لاينفذ، فجاز أن يردّ إقراره بالأرض.

ثم إذا صحّ الإقرار في قول أبي حنيفة تباع الأرض، ويحبس إن لم يبع، كما لو ثبت الدين بالبينة.

وعندهما: إذا لم ينفذ إقراره على المستأجر يخرج المقرّ من الحبس إن كان محبوسا لعجزه عن قضاء الدين[1]، إذا لم يكن له مال آخر، ولايمنع الغريم عن ملازمته، لما قلنا، فإذا انفضت مدة الإجارة، يعاد إلى الحبس حتى يبيع الأرض، ويوفّى حقّ الغريم.

وأما الفصل الثاني:

رجل تزوّج امرأةً، وأوفاها مهرَها، وأراد أن يخرجها إلى بلد من البلدان، وكرهت المرأة ذلك، لايلتفت إلى كراهيتها.

وقال أبو القاسم الصفّار[2]: ليس له أن يخرجها إلى مدة السفر، لأن السفر مشقة

---

(١) راجع «بدائع الصنائع» ٦/ ١٨٤.

(٢) هو أحمد بن عِصمة، أبو القاسم الصفّار، يقول القرشي: شيخ ثقة، تفقّه على أبي جعفر الهندواني، وسمع الحديث منه، وأخذ عن نصير بن يحي عن ابن سماعة عن أبي يوسف، وكان إماما كبيرا، تفقّه عليه أبو حامد المروزي، ذكر الكفوي أنه توفي سنة ٣٣٦هـ وذكر اللكنوي عن ملا علي القاري أنه توفي في ٣٢٦هـ، وهو ما ذكره القرشي.
ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ١٤١، «الطبقات السنية» برقم ٢٤٤، «الفوائد البهية» ص ٢٦، كتائب أعلام الأخيار برقم ١٥٨.

وعذاب، وإنها لم تلتزم ذلك.

ولنا قوله تعالى: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾[1] ولأنه استحق منفعة بضعها، وقد أوفاها البدل، فكان له قبض المبدل، والانتفاع بها في أيّ مكان شاء، كما في البيع.

فرّق بين هذا وبين ما لو استأجر عبداً ليخدمه في الحضر، ليس له أن يسافر به؛ لأن خدمة السفر أشقّ من خدمة الحضر، فلايمكن ذلك، أما المملوك للزوج هو الوطيء، وأنه لايختلف في السفر والحضر.

فإن أقرّت المرأة بدين على نفسها لرجل، وصدّقها المقرّ له، وكذّبها الزوج، وأراد المقرّ له أن يحبسها بالدين، أو يمنع عن المسافَرة، يصحّ إقرارها في قياس قول أبي حنيفة، وللمقرّله أن يحبسها بدين، ويمنع عن المسافَرة[2].

وعلى قولهما لايصحّ إقرارها على الزوج كما في الفصل الأول.

وإذا لم يصحّ إقرارها عندهما لم يكن للقاضي أن يأمر الخصم بملازَمتها بخلاف ما تقدم، لأن فيما تقدّم المستأجر، لايتضرّر بملازمته، وههنا يتضرّر الزوج بملازمتها، لأن ذاك يمنعه من غشيانها، ولهذا لو حكَم القاضي بإفلاس رجل يأمر الغريمَ بالملازمة، ولو حكم بإفلاس امرأة، لايأمر بالملازمة[3].

---

(١) سورة الطلاق، الآية: ٦.

(٢) جاء في «ردّ المحتار»: للدائن حبسها وإن تضرر الزوج. والاصل فيه أن الإقرار حجة قاصرة على المقر، ولا يتعدى إلى غيره إلا في مسائل، ومنها هذه. انظر «ردّ المحتار» ٤/ ٥٢١.

(٣) المرجع السابق.

وأما الفصل الثالث الحجر(١) بسبب الدين، ويقال: "الحجر بسبب الإفلاس":

وصورته ماقال محمد: رجل حبس بديون لقوم، فقال غرماؤه للقاضي أنه يريد أن يقرّ بماله لولده، أو لمن يثق به حتى يقضي بعسرته، فيخرج من السجن، وطلبوا من القاضي أن يحجر عليه، فالقاضي لايُجيبهم إليه في قول أبي حنيفة، ولو حجَر، لايعمل حجره حتى لو أقرّ بمال أو دَين أو باع أو وهب، جاز جميع ماصَنع(٢).

وعند صاحبيه يحجر القاضي عليه، ويعمل حجره حتي لايصحّ إقراره وبيعه وهبته

---

(١) الحجر في اللغة: المنع والتضييق، يقال: حجَر عليه حجراً، أي منعه من التصرف، وسمي العقل حِجرا، قال تعالى: ﴿هل في ذلك قَسَمٌ لذي حِجر﴾ أي عقل؛ لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب القبيح. «المغرب» ١/ ١٩٧، «المصباح المنير» ١/ ١٠١.
والحجر في اصطلاح الفقهاء: هو منع الإنسان عن التصرف في ماله، ويقابله: الإذن وهو فكّ الحجر و إسقاط حق المنع. وعرّفه الحنفية بأن الحجر: هو المنع من لزوم العقود والتصرفات القولية. فإذا باشر المحجور عقدا أو تصرفا قوليا كالبيع أو الهبة لا ينفذ، أي لا يلزم، ولا يترتب عليه حكمه، فلا يملك بالقبض. وكون الحجر من التصرفات القولية؛ لأنها هي التي يتصور الحجر فيها بالمنع من نفاذها، أما الأفعال فلا يتصور الحجر فيها؛ لأن الفعل بعد وقوعه لا يمكن رفعه، بخلاف القول، وللحجر تعريف آخر أدق ذكره ابن عابدين: بأنه عبارة عن "منع مخصوص بشخص مخصوص عن تصرف مخصوص أو عن نفاذه"، أي لزومه، فإن عقد المحجور ينعقد موقوفا. وذكر ابن عابدين أن الحجر على مراتب: أقوى: وهو المنع عن أصل التصرف، ومتوسط: وهو المنع عن وصفه، وهو النفاذ، وضعيف: وهو المنع عن وصف وصفه، وهو كون النفاذ حالا. انظر «ردّ المحتار» ٦/ ١٤٣، «تبيين الحقائق» ٥/ ١٩٠.

(٢) «بدائع الصنائع» ٧/ ١٦٩. الحجر والحبس.

في حق الغرماء، وعن أبي يوسف في رواية مثل قول أبي حنيفة، والمسألة معروفة.

وعلى هذا الخلاف: لو طلبوا من القاضي بيع ماله بالدين، عند أبي حنيفة لايبيع، عندهما له أن يبيع[1].

ثم عند أبي حنيفة الحَجر على الحرّ باطل إلاّ على ثلاثة[2]: المفتي الجاهل الماجن، والطبيب الجاهل، والمكاري المفلس، ويحجر القاضي على هؤلاء[3]، ويمنعهم من تلك الحِرفة، ويمنع الناس من الرجوع إليهم؛ لأن فساد ذلك يرجع إلى العامة في دينهم ودنياهم، فيحجر عليه، ولايظهر أثر الحجر في تصرفاتهم حتى ينفذ منهم ماكان ينفذ قبل الحجر.

وعندهما: كما يجوز الحجر بسبب الدين، يجوز بسبب السفه والتبذير نظراً له، كيلا يفني ماله فيبتلي بالفقر، إلاأن الحجر بسبب السفه والتبذير يخالف الحجر بسبب الدَين[4]، فالحجر بسبب الدَين يظهر في المال القائم وقت الحجر، لا فيما يحدث بعده، والحجر بسبب السفه يظهر في المال القائم والحادث؛ لأن الحجر بسبب الدين إنما كان لتعلق

(١) المرجع السابق.

(٢) ذكر الإمام قاضي خان في فتاواه أن أسباب الحجر ثلاثة، منها ضرر العامة، والثاني الدين، والثالث السفه والتبذير، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يحجر القاضي على الحر العاقل البالغ إلا على من يتعدى ضرره إلى العامة، وهم ثلاثة: المتطبب الجاهل الذي يسقي الناس ما يضره ويهلكه، والثاني: المفتي الماجن الذي يعلّم الناس الحيل أو يفتي عن جهل، والثالث: المكاري المفلس. «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٦٣٣، ٦٣٤.

(٣) المرجع السابق.

(٤) انظر «بدائع الصنائع» ٧/ ١٦٩. و «ردّ المحتار» ٤/ ٣٥١.

حق الغرماء بماله، كحجر الراهن لحق المرتهن، وبحجر القاضي يتعلق حق الغرماء بالمال الموجود، فيقتصر عليه.

أما الحجر بسبب السفه إنما كان لقصور رأيه، فيظهر في الكلّ، ويبطل تصرفاته، إلاما يصحّ مع الهزل كالطلاق والعتاق والنكاح؛ لأنّ السفيه بمنزلة العاقل من وجه، وبمنزلة المجنون من وجه: من حيث أنه مُكلّف كان بمنزلة العاقل، ومن حيث أن تصرفاته تشبه تصرفات المجانين كان بمنزلة المجنون، فجعلناه بمنزلة الهازل عملاً بهما، فينفذ منه ما ينفذ من الهاذل.

إلا أن المحجور بسبب الدين إذا تزوج امرأةً فالمرأة[1] تضرب مع الغرماء بقدر مهر مثلها، والزيادة على ذلك تكون فيما يكتسبه بعد الحجر[2].

والمحجور بسبب السفه إذا تزوج امرأةً بأكثر من مهر مثلها يصحّ النكاح بقدر مهر المثل، ويبطل الفضل، ولو طلّق قبل الدخول، يقع الطلاق، ويلزمه نصف المهر، ولو اعتق عبده يعتق، ويسعى في قيمته، وعن محمد أنه لايسعى؛ لأن السفيه بمنزلة الهازل، والهازل إذا اعتق يقع[3] العتق من غير سعاية.

وجه ظاهر الرواية: أن المقصود من الحجر صيانة ماله عليه [ولا وجه لردّ العتق؛ لأنه صدر عن عاقلٍ مكلفٍ في ملكه، فتجب السعاية صيانةً لماله بقدر الإمكان.

وفصل الطلاق والنكاح يقوّي مذهب أبي حنيفة، لأن المقصود من الحجر صيانة

---

(١) "فالمرأة": ساقط من (ج) و (د).

(٢) «بدائع الصنائع» ٧/ ١٦٩.

(٣) في (ج) و (د): "يعتق"، ما ثبت أصح.

ماله][1] فإذا لم يظهر الحجر في النكاح والطلاق يفني ماله في ذلك، والحجر بسبب الدين والإفلاس يتوقّف على قضاء القاضي[2].

وعن قاسم بن مَعن[3] أن المحبوس بالدَين إذا أقرّ بمال، لا يصحّ إقراره، وعند أهل المدينة مَن كان عليه دين لا يصحّ إقراره، وبطلان هذا القول ظاهر؛ لأنا لو جعلنا الدين مانعا من الإقرار تبطل أقارير الناس، فإن الإنسان قلّما يخلو عن قليل دين.

والحجر بسبب السفه والتبذير هل يتوقّف على القضاء؟ ذكر في «الكتاب»: أنه يثبت من غير قضاء حتى لا يصحّ منه ما يبطله الهزل، كالبيع والإجارة والإقرار ونحوه، ولم يذكر فيه خلاف[4].

وعن أبي يوسف أنه لا يكون محجورا إلا بقضاء، وتنفذ تصرفاته قبل الحجر، فكان ما ذكر في الكتاب قول محمد[5].

وجه قول محمد: إن سبب الحجر، وهو إفساد المال ثابت قبل القضاء، فيثبت الحجر بنفس السفه، كما يثبت بنفس الجنون، بخلاف الحجر بسبب الأفلاس، لأن إفلاسه

---

(١) عبارة بين المعكوفتين سقطت من الأصل، وأثبتناه من (ج) و (د).

(٢) انظر «بدائع الصنائع» ٧/ ١٧٥.

(٣) هو قاسم بن مَعن بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، تقدم ترجمته في ص ٣٢٣.

(٤) «بدائع الصنائع» ٧/ ١٧١.

(٥) راجع للتفصيل «بدائع الصنائع» ٧/ ١٧١.

محتمل، فلايثبت إلا بقضاء[1].

ولأبي يوسف: ما روي أن عليّا[2] عليه السلام طلَب من عثمان[3] رضي الله عنه أن يحجر[4] على عبدالله بن جعفر[5]، ولو كان يُحجر بنفس التبذير، لَما احتاج إلى

(١) المرجع السابق.

(٢) هو علي بن أبي طالب بن عبدالمطلب ابن عم النبي ﷺ، أمير المؤمنين، وأول الناس إسلاماً كانت ولادته قبل البعثة بعشر سنين، ووفاته عام ٤٠ هـ شهد المشاهد كلها إلا تبوك. وتولى الخلافة عام ٣٥ هـ. انظر ترجمته في: أسد الغابة ت ٣٧٨٩، الاستيعاب ت ١٨٧٥، الإصابة ت ٥٧٠٤.

(٣) عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس القرشي الأموي أمير المؤمنين أبو عبدالله، ولد بعد الفيل بست سنين، ذو النورين، ثالث الخلفاء الراشدين. وأحد المبشرين بالجنة، بويع بالخلافة عام ٢٤ هـ، وتوفي شهيداً ٣٥ هـ. انظر ترجمته في: أسد الغابة ت ٣٥٨٩، الاستيعاب ت ١٧٩٧، التبصرة والتذكرة ١/ ١٣١، الإصابة ت ٥٤٦٤.

(٤) روى الإمام الشافعي في مسنده عن عروة بن الزبير: أن عثمان حجَرَ على عبد الله بن جعفر بسبب تبذيره.

وقصة ذلك أن عبد الله بن جعفر اشترى أرضا بمبلغ ستين ألف دينار، فبلغ ذلك عليّ بن أبي طالب، فقرّر عليٌّ أن الأرض لاتساوي هذا المبلغ من المال، وأن عبد الله بن جعفر قد غُبن فيها غبنا فاحشا، بل إنه قد تصرّف تصرفا أخرق، وأعرب أنه سيتوجّه نحو أمير المؤمنين عثمان بن عفّان ليطلب منه الحجرَ على عبد الله بن جعفر لسفهه وإساءته التصرف في ماله، فأسرَع عبد الله بن جعفر إلى الزبير ـ وكان تاجرا حاذقا ـ وقال له: إني ابتعت بيعا بكذا وكذا، وإن عليّا يريد أن يأتي عثمان فيسأله أن يحجر عليَّ، فقال له الزبير: فأنا شريكك في البيع، ولقي عليٌّ عثمانَ بن عفان فقال له: إن ابن أخي اشترى سبخة بستين ألفا ما يسرّني أنها لي بنعليَّ، فاحجر عليه، وقال الزبير لعثمان: أنا شريكه في هذا البيع، فقال عثمان لعليّ بن أبي طالب: كيف أحجر على رجل

الطلب[1].

فإن حجَر ثم صار بعد ذلك مصلحا لماله، هل يزول الحجر من غير قضاء؟ عند أبي يوسف: لايزول، وعند محمد: يزول اعتبارا للزوال بالثبوت.

وإن بلغ الغلام سفيهاً مبذرا مالَه، قال أبو حنيفة: تجوز تصرفاته، ولايدفع إليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة[2]، فإن دفع الوصيّ إليه ماله، وضاع في يده، أو أتلفه

في بيع شريكه فيه الزبير؟ . انظر: «مصنف عبد الرزاق» ٨/ ٢٦٧، «سنن البيهقي» ٦/ ٦٦١، «المغني» ٤/ ٤٦٩، «كشف الغمّة» ٢/ ١٧.

(٥) هو عبد الله بن جعفر بن أبي طالب بن عبد المطلب الهاشمي، أبو محمد، و أبو جعفر، وهي أشهر، أمه أسماء بنت عميس الخثعمية أخت ميمونة بنت الحارث، ولد بأرض الحبشة لما هاجر أبواه إليها، وهو أوّل من ولد بها من المسلمين، و حفظ عن النبي صلى الله عليه وسلم، و روى الأحاديث عنه وعن أبويه، وعمه علي، وأبو بكر، وعثمان، وعمار بن ياسر. روى عنه بنوه: إسماعيل، وإسحاق، ومعاوية، وأبو جعفر الباقر، والقاسم بن محمد، وعروة، والشعبي، وآخرون. قال ابن حبان: "كان يقال له قطب السخاء"، و أخباره في الكرم كثيرة شهيرة. مات سنة ٨٠هـ عام الجحاف، وقال الواقدي: مات سنة ٩٠ تسعين.
انظر ترجمته في: «الإصابة» رقم ٤٦٠٩، «أسد الغابة» رقم ٢٨٦٤، «الاستيعاب» رقم ١٥٠٦ «الجرح والتعديل» ٥/ ٢١، «تهذيب الكمال» ٢/ ٦٧٠، «تهذيب التهذيب» ٥/ ١٧٠، سير أعلام النبلاء ٣/ ٤٥٦، المغازي للواقدي ٧٦٦، الثقات لابن حبان ٣/ ٢٠٧، العبر ١/ ٤١.

(١) المرجع السابق.

(٢) انظر «بدائع الصنائع» ٧/ ١٧١.

ضمن الوصيّ، فإذا صار سِنّه خمسا وعشرين سنة[1]، يدفع إليه ماله، وإن بقي مفسِدا لماله.

وقال أبويوسف، ومحمد[2]، والشافعي[3]: يمنع منه المال، ولايدفع إليه أبدا، إلا أن عند محمد لا تجوز تصرفاته إلاما يصحّ مع الهزل، ولاينفذ تصرف الأب ووصيّ الأب عليه إلا بأمر الحاكم.

وأن بلغ حافظا ماله إلا أنه فاسق لاتقبل شهادته، فإنه يدفع إليه المال عندنا، وتنفذ تصرفاته، وعند الشافعي[4] لايدفع إليه المال، وهل يحجر عن التصرفات لأجل الفسق؟ عندنا لايحجر، وللشافعي فيه قولان، وهذه الجملة مسائل الأصل، وعُدنا إلى مسألة الكتاب.

عند أبي حنيفة إذا لم يصحّ الحجر على المديون لوأقرّ على نفسه بدين أو بمال صحّ إقراره، ويقضى بعسرته، ويخرج من السجن[5].

---

(١) "سنة" أثبتناه من (ج) و (د).

(٢) والفتوى في المذهب على قول الصاحبين، انظر: «مختصر الطحاوي» ص ٩٧، «مختصر القدوري» ص ٤٢، «المبسوط» ٢٤/ ١٥٧، «رد المحتار» ٦/ ١٤٨.

(٣) لأن الرجل إذا كان سفيهاً مبذراً احتاج إلى النظر، والقاضي بحجره عن التصرف لا يضيع ماله نظراً له، انظر الأدلة بالتفصيل: «الأم» ٣/ ٢١٨، «المهذب» ٣٣٨١، «روضة الطالبين للنووي» ٤/ ١٨٢.

(٤) «الأم» ٣/ ٢١٨، ٢١٩.

(٥) ينظر للتفصيل «بدائع الصنائع» ٧/ ١٧١-١٧٢-١٧٣.

وعندهما لما صحّ الحجر، فإذا أقرّ بعد ذلك، لايصحّ إقراره، فيأخذ القاضي ماله، ويبيع، ويقسّم بين غرمائه الأوّلين، ولايعطي للمقرّله شيئا، أو يحبس حتى يبيع بنفسه.

فإن قيل: الحجر بسبب الدين مجتهَد فيه، فإذا قضى به القاضي وجب أن ينفذ قضاؤه، ويصير متفقا عليه[1]، فلايصحّ إقراره بعد ذلك عند الكل.

قلنا عنه جوابان: أحدهما: أن نفس القضاء هنا مختلف، وفي مثله لاينفذ قضاء القاضي، كما لو كان القاضي محدودا في قذف، فقضى في حادثة، لاينفذ قضاءه[2] ما لم يتصل به قضاء قاضٍ آخر، حتى لو اختصم المحجور، ومن أقرّ له، أو تصرّف معه إلى قاض آخر، فقضى القاضي الثاني بإبطال تصرفه، نفذ قضاؤه.

والثاني: إن هذا فتوى، وليس بقضاء، لأن القضاء مايُثبِت أمرا لم يكن ثابتا قبله، وعلى قول بعض الناس الإنحجار كان ثابتا قبل القضاء، فلم يكن القضاء إلزاما، وعندنا إن لم يكن الإنحجار ثابتا قبل القضاء، ويثبت بعده، لكن لم[3] يوجد شرط القضاء، وهو الدعوى والإنكار، فلم يكن قضاء من كل وجه، فلايصير المختلف فيه متفقا عليه.

قال: (ولو أن مريضا عليه دَين في الصحّة أقرّ في مرضه بدين، جاز إقراره عليه، ولايجوز على غرماء الصحّة حتى لايشارك غرماء الصحّة)، لأن حقهم كان ثابتا قبل إقراره، فلايبطل بإقراره[4].

---

(١) "عليه" أثبتناه من (ج) و (د).

(٢) انظر «ردّ المحتار» ٤/ ٣٦٢.

(٣) في (ج) و (د): "لكن يوجد بشرط"، وهو خطأ.

(٤) راجع للتفصيل «بدائع الصنائع» ٧/ ١٤٥.

قال محمد: وهذا من أبي حنيفة ترك لمذهبه في مسألة المستأجر والزوج والمديون، فإن حقوقهم سابقة على إقراره، فينبغي أن لاتبطل بإقراره، والعذر لأبي حنيفة أن في مسألة المريض دين الصحّة تعلق بماله في مرضه، لأنه قرب إلى الموت، وبالموت يتعلق الدين بماله، ولهذا يمنع المريض من التبرع.

وتعلّق حق الغير يمنع صحّة الإقرار كما في الرهن، بخلاف المحبوس لأن دينه لايتعلق بماله في الصحّة، فكان المحل خاليا عن حق الغير، فصحّ إقراره، ولأن إقرارا المريض صحّيح، ولاتظهر الصحّة والبطلان قبل الموت، وبعدما مات يبدأ بدين الصحّة، لا لبطلان إقراره في المريض، بل لقوة دين الصحّة، ولهذا يبدأ بالتجهيز، والتكفين، ثم بالميراث.

الفصل الرابع:

مجهولة النسب إذا كانت تحت زوج، فأقرّت بالرقّ لإنسان، وصدّقها المقرّ له، وكذّبها الزوج، صارت أمةً للمقرّ له[1]، ولاتصدّق على إفساد[2] النكاح، ولاعلى الأولاد الموجودين، ولاعلى كل ولد تأتي به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار.

أما جواز إقرارها بالرق؛ لأن حريتها كانت بحكم الظاهر، فإذا أقرّت بخلاف الظاهر، صحّ إقرارها في حقها، ولاتصدّق على الزوج في إبطال حقه؛ لأنها متهماً في حقه لاحتمال أنهما تواضعا على ذلك لتتخلص[3] عن حباله.

---

(١) راجع «ردّ المحتار» ٤/ ٥٢١.

(٢) في (ج) و (د): "على فساد".

(٣) في (ج) و (د): "لتخلص".

ولو أعتقها المقرّله لم يكن لها خيار العتق لأجل التهمة، ولاتصدّق على أولادها بالرق؛ لأن حريتهم حقهم، فلايبطل بإقرارها[1].

وكذا الولد الذي تلده لأقل من ستة أشهر؛ لأنه كان موجوداً في البطن وقت الإقرار، مستحقاً للحرية بمنزلة المنفصل، والولد الذي تلده لأكثر من ستة أشهر رقيق في قول أبي يوسف، حرّ في قول محمد، وإن ولدت إلى عشرين سنة؛ لأن رق الأولاد يمنعه[2] الزوج عن غشيانها، فلاتصدّق فيه، كما لاتصدّق في إبطال النكاح، ولأبي يوسف إن هذا ولد الأمة، فيكون رقيقاً، كما لو ثبت رقها بالبينة، والاحتراز عن رق الأولاد ممكن بالعزل، فإن لم يفعل فهو الذي أضرّ بنفسه.

والأصل في هذا[3]: أن كل ضرر يتمكّن الزوج من رفعه صدّقت فيه المرأة، وكل من لايتمكن الزوج من دفع الضرر بنفسه لاتصدّق فيه المرأة، وقد ذكرنا هذا في الجامع الكبير، وللزوج أن يمنع المقرّله عن استخدامها دفعاً للضرر عن نفسه.

ولوجَنى عليها يجب أرش الإماء للمولى؛ لأن الزوج أجنبيّ عن أرشها، وإن جنَت هي، خُيّر المقرّله بين الدفع والفداء، كما هو الحكم في جناية القنّ إذ لاضرر للزوج[4] في ذلك.

---

(١) انظر «ردّ المحتار» ٤/ ٥٢١.

(٢) في (ج) و (د): "يمنع".

(٣) الضابط فيه أنه متى أمكن تدارك ما خاف فوته بإقرار الغير ولم يتدارك، بطل حقه. راجع «ردّ المحتار». ٤/ ٥٢١.

(٤) في (ج) و (د): "على الزوج".

إما اختيار الفداء فظاهر، وإن اختار الدفع فكذلك؛ لأن المدفوع إليه بمنزلة المقرّله قائم مقامه، فلايكون له أن يمنعها عن الزوج، ولو كان طلّقها ثنتين ثم أقرّت بالرق لاتحرم حرمة غليظة، وكان له أن يراجعها؛ لأن ثبوت الحرمة ضرر لايتمكّن الزوج من دفعه.

ولو طلّقها واحدة، ثم أقرّت بالرقّ، صدّقت في حق الطلاق حتى يصير طلاقها ثنتين، ولو مضت من عدّتها حيضتان، ثم أقرّت بالرق[1] كان له أن يراجعها، ولايتغيّر حكم العدة بإقرارها[2].

ولو حاضت حيضةً واحدةً من عدتها، ثم أقرّت بالرق، صدّقت في حق العدة، وكانت عدتها عدة الإماء.

ولو آلى منها، فمضى شهران، ثم أقرّ بالرق، كان إيلاؤها إيلاء الحرّة، لاتّبين حتى تمضي أربعة أشهر، ولو آلى منها فمضى شهر، ثم أقرّت بالرق فإيلاؤها إيلاء الأمة؛ لأن الزوج كان متمكناً من الفيء في الشهر بعد الإقرار[3].

ولو وكّل رجلا[4] بأن يطلقها ثنتين فأقرّت بالرق، وعلم الزوج بإقرارها، ولم يعزل الوكيل حتى طلقها الوكيل ثنتين بانت منه؛ لأنه كان متمكناً من دفع ضرر إقرارها بعزل الوكيل، فإذا لم يعزل فهو الذي أضرّ بنفسه[5].

---

(١) "بالرق" ساقط من (ج) و (د).

(٢) «ردّ المحتار» ٤/ ٥٢١.

(٣) انظر «ردّ المحتار» ٤/ ٥٢١.

(٤) في (ج) و (د): "وكيلا" بدل "رجلا".

(٥) المرجع السابق.

وإن لم يعلم الزوج بإقرارها، فطلقها الوكيل ثنتين، كان له أن يراجعها ولاتبين؛ لأنه إذا لم يعلم بإقرارها، لم تكن البينونة مضافة إلى تقصيره[1].

ولو قال لها طلقي نفسك ثنتين، أو قال لاجنبيّ طلّقها ثنتين إن شئت، ثم أقرّت بالرق، وعلم الزوج بإقرارها، ثم طلقت نفسها ثنتين، أو طلقها الأجنبي، كان للزوج أن يراجعها[2]؛ لأن الرجوع عن التفويض لايمكن، فلم يكن متمكناً من دفع الضرر بخلاف الوكيل.

ولو أقرّت بالرقّ، ولم يعلم الزوج بإقرارها حتى طلقها ثنتين، كان له أن يراجعها، ولو علم بإقرارها ثم طلقها ثنتين، لايملك الرجعة.

قال محمد رحمه الله: إقرارها باطل فيما بينها وبين الزوج في الطلاق والعدة والإيلاء وغير ذلك إذا لم يعلم الزوج[3]، وذكر في "الجامع" في فصل الإيلاء: إذا آلى منها، فمضى شهر، ثم أقرّت بالرق، كان إيلاؤها إيلاء الأمة، ولم يفصّل بين العلم والجهل، وهنا فرّق بين العلم وبين الجهل.

قال بعضهم: في المسألة روايتان، والصحّيح ماذكر في هذا الكتاب، وقال بعضهم: في فصل الإيلاء يسوّى بين العلم والجهل، وفي الطلاق يفرّق؛ لأنّ الإيلاء جزاء الظلم؛ وجزاء الظلم لايختلف بالعلم والجهل، فإن من أتلف مال الغير ضمن، علم بذلك أو لم يعلم، بخلاف غيره من المسائل. ـ والله سبحانه أعلم ـ

---

(١) انظر «ردّ المحتار» ٤/ ٥٢١.

(٢) المرجع السابق.

(٣) انظر «ردّ المحتار» ٤/ ٥٢١.

باب ما يصدّق فيه الرجل إذا أقرّ أنه استهلك من مال العبد والحربيّ وما لايصدّق

بنى الباب على أن مَن أنكر حقا على نفسه، كان القول قوله، لأنه متمسّك بالأصل، وهو فراغ الذمة، ومن أقرّ بسبب الضمان، وادّعى ما يُسقطه، لايصدّق إلابحجة[1]، لأن صاحبه متمسّك بالأصل في إبقاء ما كان.

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه اللّه: (رجل قال لعبده بعدما أعتقه: قطعت يدك، واستهلكت من مالك كذا وكذا حال ما كنت عبدا لي، وقال العبد: لا، بل فعلتَ ذلك بعد العتق، كان القول قول العبد، ويضمن المولى في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف رحمه الله عليهما، وقال محمد وزفر رحمه الله عليهما: لاضمان عليه[2].

وعلى هذا الخلاف: لو قال لحربيّ أسلَم، أوصار ذميّا، أومستأمنا: قطعتُ يدك، وأخذتُ مالك حالَ ما كنتَ حربيا، وقال المقرّ له: لا، بل كان ذلك بعد الإسلام، أوبعد الأمان، أو الذمة[3]، وأجمعوا على أنه لو كان المأخوذ قائما كان القول قول المقرّ له، ويجب على المقِرّ ردّ المأخوذ، وكذا لو أقرّ أنه سبيَ ابناً لهذا الحربيّ، لزمه الردّ بالإجماع.

وأجمعوا على أنه لو قال لعبده بعد ما عتق: أخذتُ منك كذا وكذا درهما، غلة كذا

---

(١) راجع «المبسوط» ١٨/ ٧٥.

(٢) راجع للتفصيل «المبسوط» ١٨/ ٧٠.

(٣) المرجع السابق.

كذا شهرا حالَ ما كنت عبدا، وقال العبد[1]: لا، بل أخذتَ بعد العتق، كان القول قول المولى، ولاضمان عليه، ولو كان المأخود قائما، كان على المولى أن يردّه عليه[2].

ولو أعتق أمتَه، فقال وطئتك حال ما كنت أمةً لي، وقالت: لا، بل فعلتَ بعد العتق، كان القول قول المولى، ولاعُقرَ عليه في قولهم.[3]

وجه قول محمد وزفر: أنه أقرّ بالقطع والاستهلاك في حال لايجب عليه الضمان، فكان منكراً للضمان، فيكون القول قوله، كما في الوطيء والغلة، وكما لو قال: أعتقتكَ وأنا صبيّ أو مجنون، وذلك معهود، وقال العبد: لا، بل كان بعد البلوغ والإفاقة، كان القول فيه قول المقر[4].

بخلاف ما لو كان المال قائما، لأنه يدّعي بملك[5] المأخوذ على المقرّ له، وهو منكر، فكان القول قول المأخوذ منه[6]، وصار كالمودَع إذا قال لصاحب الوديعة: ضاعت الوديعة أورددت، كان القول قوله، ولو كانت الوديعة قائمة، فقال: وهبتها، وأنكر المودِع، كان

---

(١) "العبد" ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر «المبسوط» ١٨/ ٦٩.

(٣) قال السرخسي بخلاف ما استشهد به فأن وطى المولى امته غير موجب عليه المهر سواء كانت مديونة او غير مديونة فإنما اضاف الاقرار في هذه المراضع الى حال معهورة تنا في الضمان أصلا فكان منكرا لامقرا فلهذا لا يلزمه شيء. «المبسوط» ١٨/ ٧٠.

(٤) راجع «المبسوط» ١٨/ ٧٥.

(٥) في (ج) و (د): "أنه يتملك".

(٦) المرجع السابق.

له أن يأخذها.

وكذا وصي اليتيم إذا قال: انفقتُ عليك من مالك بالمعروف في صغرك، كان القول قوله، ولو قال أنفقتُ عليك من مالي على أن أرجع عليك، وآخذ المالَ، لايقبل قوله إلا بحجّة.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف: أنه أقرّ في الحال بسبب الضمان، وهو استهلاك المال، قال عليه السلام: «على اليد ماأخذَت حتى تردّ»[1]، وكذلك القطع، ثم بالاضافة إلى الحالة الماضية ادّعى مايُسقطه، فلايصدّق إلابحجة، كما لوكان المأخوذ قائماً[2].

وما قال إنه أضاف الإقرار إلى حالة معهودة تنافي الضمان فليس كذلك[3]؛ لأن كونه عبداً له لاينافي الضمان، ألاترى أنه لوكان العبد رهناً أو مديوناً، كان قطع يده وإتلاف ماله سبباً للضمان.

وكذا كونه حربياً في دار الحرب لاينفي[4] الضمان، فإنه لو دخل عسكر المسلمين

---

(١) أخرجه ابن ماجه عن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»، كتاب الصدقات، باب العارية، الحديث: ٢٤٠٠، وأخرجه أبو داود في كتاب البيوع والإجارات، باب في تضمين العارية، الحديث: ٣٥٦١، وأخرجه الترمذي في كتاب البيوع، باب ما جاء أن العارية مؤداة، الحديث: ١٢٦٦.

(٢) انظر «المبسوط» ١٦/ ٦٩..

(٣) المرجع السابق ٧٠.

(٤) في (ج) و (د) "ينافي".

بأمان، واستهلك رجل ماله ضمن[1].

وكذا لو أمن الإمام أهلَ حصن أو مطمورة أو بلدة، فاستهلك رجل مال واحد منهم ضمن، وكذا لو دخل المسلم دارَ الحرب بأمان، فأتلف مالَهم، يفتى بالضمان فيما بينه وبين الله تعالي.

فدلّ أن كونه حربياً لاينافي الضمان، فهو بالاضافة إلى تلك الحالة يكون مدّعياً للبراءة والسقوط، بخلاف الوطيء والغلّة؛ لأن بوطء المملوك لايجب العُقر على المولى بحال ما[2]، ألاترى أن الراهن إذا وطء المرهونةَ أو المديونة، لايجب العقر، فكان منافياً للضمان.

وذكر في كتاب الإقرار رجل باع عبداً من رجل، ثم قال البائع: قطعت يده قبل البيع حين كان ملكي، وقال المشتري: لا، بل قطعتَ بعد ما صار لي، ولي عليك الأرش، على قول أبي حنيفة وأبي يوسف: القول قول المشتري، وله الأرش على البائع، وعلى قول محمد: القول قول البائع، ولاأرش عليه[3]، والهبة في ذلك بمنزلة البيع، والإقرار بعد البيع بمنزلة الإقرار بعد العتق.

ولو قال: قطعتُ يد عبدي هذا ثم بعته منك، كان القول قوله، ولاأرش عليه في قولهم، والفرق ظاهر.

ثم إن محمد ذكر في الباب فصولا، وذكر عَقيب كل فصل: وهذا من أبي حنيفة

---

(١) «المبسوط» ١٨/ ٦٩.

(٢) «المبسوط» ١٨/ ٦٩.

(٣) راجع مفصلا من باب إضافة الاقرار إلى حال الصغر وما أشبهها «المبسوط» ١٨/ ٦٨.

وأبي يوسف تركٌ لمذهبهما في مسألة العبد والحربي[1].

منها: عبد عتق، فقال لرجل: قطعتُ يدك وأنا عبده، وقال المقرّ له: لا، بل قطعتَ بعد العتق، كان القول قول المقرّ بالاجماع[2].

وعُذر أبي حنيفة وأبي يوسف عن هذا أن ثَمّة ما أقرّ على نفسه بسبب الضمان؛ لأن موجب جناية العبد فيما لايوجب القصاص يكون على المولى، يخاطب بالدفع أو[3] الفداء، ولايخاطب العبد به، وإن عتق، فكان منكرا للضمان على نفسه، فيكون القول قوله[4].

ومنها: قاض عُزِل، فقال لرجل: أخذت مالك، وسلّمته إلى فلان حال ما كنت قاضياً، قضاء قضيته عليك، وقال المقرّ له: لا، بل فعلتَ بعد العزل، أو قال[5] فعلتَ في حالة القضاء لكن لا على وجه القضاء، كان القول قول المعزول[6].

ولو كان المال قائماً في يد القاضي، أو في يد المقضيّ له، وهو يُصدّق القاضي يؤمَر بالردّ على المقرّ له.

وعذرهما أنه ماأقرّ على نفسه بالضمان؛ لأن فعل القاضي على وجه القضاء

(١) انظر «المبسوط» ١٨/ ٦٩.

(٢) المرجع السابق.

(٣) في (ج) و (د): "والفداء".

(٤) ينظر «المبسوط» ١٨/ ٦٩.

(٥) "قال" ساقط من (ج) و (د).

(٦) قال في «المبسوط»: وكذلك قضاء القاضي في حال ولا يته غير موجب للضمان عليه بحال ١٨/ ٧٠.

لايوجب عليه الضمان[1]، أما إذا كان صواباً فظاهر، وإن كان خطأ فالضمان على من وقع له القضاء، أو على بيت المال، فكان القاضي منكراً للضمان.

وإن كان المال قائماً أمر بالردّ؛ لأنه يدّعي التمليك على الماخوذ منه، فلايصدّق إلا بحجة[2].

ومنها: رجل وكّل رجلا يبيع عبده، ثم عزله، فقال الوكيل: قد كنت بعت العبد قبل العزل، ورفعته إليه، وقبضت الثمن، وهلك عندي، وقال الموكل: لا، بل بعتَ بعد العزل.

إن كان العبد قائماً يردّ عليه، وإن كان هالكاً كان القول قول الوكيل، وعُذرهما أن الوكيل أمين، فإذا أخبر عن[3] الأمانة كان القول قوله، ولأن فعل الوكيل لايوجب الضمان، فكان منكرا للضمانَ.

ومنها: أن الوصيّ إذا قال بعد بلوغ اليتيم: أنفقتُ عليه كذا وكذا من ماله، وهو نفقة مثله، وادّعى اليتيم أنه استهلك بعد البلوغ، كان القول قول الوصيّ.

ولو قال الوصيّ لعبد بعينه: بعته في صِغر اليتيم لايصدّق. وعذرهما أن فعل الوصيّ على وجه الموافقة لايوجب الضمان بمنزلة فعل الوكيل والقاضي.

وأبوحنيفة وأبويوسف ذكرا فصلا هو حجة لهما على محمد، فقالا:

رجلٌ ذاهبةٌ عينه اليمنى، قال لرجل ذاهبة عين اليمنى: فقأت عينَك اليمنى وعينَيّ

(١) في (ج) و (د): "لا يكون موجبا للضمان".

(٢) «المبسوط» ١٨/ ٦٨-٦٩.

(٣) في (ج) و (د) "في".

صحيحة فذهبت، وقال المقرّ له: لا، بل فقأتَ عيني وعينك ذاهبة، ولي عليك الأرش، كان القول قول المقرّ له، وعلى المقرّ أرش عينه[1].

وعُذر محمد أنه أقرّ بوجوب الضمان، وادّعى ما يسقطه، فإنّ فَقْأ العين يوجب الضمان، إما القصاص أو الأرش، ولو فقأ عيني رجلين يجب القصاص والأرش أيضاً، فكان مقرّاً بوجوب الضمان[2]، مدّعياً ما يسقطه، فلايصدّق، أما هنا بخلافه.

وذكر في الباب فصلا آخر، فقال: رجل باع عبداً، ثم قال البائع لرجل: قطعتَ يد العبد قبل البيع، ولي عليك الأرش، وقال المشتري: لا، بل قطعتُ بعد البيع، والأرش لي[3]، كان القول قول المشتري، والأرش له؛ لأن الأرش يملك بملك الرقبة. وملك الرقبة للمشتري، فالمقرّ أقرّ بوجوب الضمان على نفسه، وأراد تحويل ذلك إلى البايع، فلايصدّق في التحويل[4].

---

(١) راجع «المبسوط» ١٨/ ٧٠.

(٢) راجع «المبسوط» ١٨/ ٧٥.

(٣) المرجع السابق.

(٤) راجع «المبسوط» ١٨/ ٦٩.

باب ما يقرّ به الشريك على الشريك فيجوز عليه دون شريكه وما يكون موقوفاً

بنى الباب على أصل واحد: وهو أن الكلام إذا وجد نفاذاً على المتكلّم ينفذ، وإن تعذّر تنفيذه، وأمكن توقيفه يتوقّف ترتيباً للحكم بقدر الإمكان.

وفي الباب فصول أربعة: فصل في النسب، وفصل في الإعتاق، وفصل في الاستيلاد، وفصل في التدبير.

أما الفصل[1] الأول:

قال محمد[2] رحمه الله: غلام بين رجلين، فقال أحدهما: هو ابني وابنك، أو ابنك وابني، أو ابننا، وذلك على وجوه:

إما أن كان الغلام صغيرا لايعبّر عن نفسه، أو كان صغيرا يعبّر عن نفسه، أوكان كبيرا، وكل ذلك على وجهين:

إما أن صدّقه الشريك أو كذّبه، وذلك على وجهين: إما أن قال موصولاً أو مفصولا.

فإن كان صغيرا لايعبّر عن نفسه، فقال أحدهما: "هو ابني وابنك"، أو "ابنك

(١) "الفصل" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "محمد - رحمه الله -" ساقط من (ج) و (د).

وابني"، أو "ابننا" موصولاً، فالغلام ابن المقر[1]، صدّقه الشريك أو كذّبه.

أما إذا بدأ بنفسه، فقال: هو ابني وابنك، أو قال: هو ابننا، فهو ابن المقرّ، وصَل أو فصَل؛ لأنه كما قال: "ابني" ثبَت النسب منه؛ لأنه أقرّ على نفسه بالنسب لمن يحتاج إلى النسب حالَ قيام الولاية عليه، فيصحّ إقراره، وإذا ثبت النسب منه بطل آخر كلامه[2]، لأن النسب لايحتمل الشركة؛ لأن سببه انخلاق الولد من مائه، وذلك لايحتمل الشركة، وإنما يضاف إلى الرجلين إذا ادّعيا معاً لتعذّر تعيين أحدهما، فيضاف إليهما، والنسب في الحقيقة من أحدهما، أما هنا بخلافه، وإذا بطل آخر كلامه كان تصديق شريكه وعدمه سواء، وكذا إذا قال: "هو ابننا".

وإن بدأ بشريكه، ووصل[3]، فقال: "هو ابنك فابني"، كان ابنا للمقرّ، لأنه ذكر في آخر كلامه ما يغيّر الأول، فيجعل الكلّ كلاما واحدا، ولايفصل البعض عن البعض كما في الشرط والاستثناء، وإذا صار الكلّ كلاما واحدا[4] بطل التقديم والتأخير، وصار كأنّه قال: هو ابننا، فيثبت النسب منه، ولايثبت من الآخر.

فرّق بين هذه المسألة وبين مسألة ذكَرها في كتاب الدعوى من هذا الكتاب: جارية

---

(١) لكن يشترط أن يولد مثله لمثله (أي: مثل ذلك الغلام لمثل المقر باعتبار السن)، كي لايكون مكذبا في الظاهر، كما شرط أن لايكون له نسب معروف، صرح به في الهداية والقدوري وغيرهما. تكملة «فتح القدير» ٧/ ٣٦٦.

(٢) انظر باب إقرار الوارث بالدين «المبسوط» ١٨/ ٤٤-٤٥.

(٣) «المبسوط» ١٨/ ٤٦.

(٤) في (ج) و (د): "تبطل".

بين رجلين، ولدت ولدين في بطنين مختلفين، فقال أحدهما: "الأكبر ابن شريكي، والأصغر ابني"، وصدّقه الشريك، كانت الجارية أمّ ولد لشريكه، ويثبت نسب الأكبر من مدّعي الأكبر، ونسب الأصغر من مدّعي الأصغر، [ولو بدأ بنفسه][1] ولو[2] قال الأصغر ابني، والأكبر ابن شريكي، وصدّقه الشريك، كانت الجارية أمّ ولد لمدّعي الأصغر، ويثبت نسب كل واحد من الولدين من مدّعيه[3].

ثمة[4] فرّق بين ما إذا بدأ بنفسه أو بشريكه، وهنا سوّى بينهما، والفرق أن ثمّة الدعوى والإقرار وُجدا في ولدين، فثبوت نسب أحدهما منه لايمنع توقّف نسب الآخر على التصديق؛ لجواز أن يكون أحد الوالدين منه[5]، والآخر من غيره، أما هنا: الدعوى والإقرار وُجدا في ولد واحد، فإذا ثبت نسبه من أحدهما يبطل الآخر، ولايتوقّف، ومحلّ الاستيلاد وإن كان واحدا، وهي الجارية، إلاّ أن الاستيلاد تَبع للنسب، فإذا توقّف الأصل، وهو نسب الأكبر على تصديق الشريك، توقّف الاستيلاد[6].

ولو قال: "هو ابنك"، وسكت، ثم قال: "وابني معك" أو قال بعد ذلك: "ابننا"

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٢) "لو" ساقط من (ج) و (د).

(٣) راجع «المبسوط» ١٧/ ١٤٢.

(٤) "ثمة" ساقط من (ج) و (د).

(٥) في (ج) و (د): "أحدهما منه".

(٦) «المبسوط» ١٨/ ٤٦.

إن صدّقه صاحبه بأن قال: "هو ابني" أو "ابننا" أو قال: "ابني دونك" أو قال هو[1] "ابنك وابني" ثبت النسبين صاحبه؛ لأنه لما أقرّ على صاحبه، توقّف على تصديقه، وتعلّق به حق صاحبه، فإذا قال "وابني معك" أراد تغيير الأول، فلايصحّ مفصولا، كما في الشرط والإستثناء[2].

وهذا لأن توقّف أول الكلام على آخره أمر ضروريّ، جُوّز عند الوصل لحاجة الناس إلى التكلّم بالشرط والإستثناء، وما كان في معناه، فإذا اتصل المغيّر بأول كلامه يبطل أوّل الكلام.

أما أذا فصَل لم يصحّ الكلام الثاني، فلايبطل الأول، وإذا بقي الإقرار، فإذا صدّقه صاحبه، استند التصديق إلى وقت الإقرار، وصار كأنه هو الذي ابتدأ بالدعوى، فلاتصحّ دعوة الآخر[3].

وإن كذّبه صاحبه بأن قال: "ليس بابن لي ولا لك"، أو قال "هو ابنك دوني"، لايثبت النسب من صاحبه؛ لأنه لايملك حمل النسب على غيره، ولايثبت النسب من المقرّ في قول أبي حنيفة. ويثبت في قول صاحبيه.

أصل المسألة[4] ما ذكر في البيوع: إذا أقرّ بنسب ما في بطن أمته من عبده، وكذّبه

---

(١) "قال هو" ساقط من (ج) و (د).

(٢) يرجع للدليل: تكملة «فتح القدير» ٧/ ٣٤٠.

(٣) راجع «المبسوط» ١٨/ ٤٦-٤٧.

(٤) في (ج) و (د): "وأصله".

العبد ثم ادّعاه لنفسه، لاتصحّ دعوته عند أبي حنيفة، وعندهما تصح[1].

ولو قال المقرّ له لشريكه: "هو ابنك دوني"، وسكت، ثم قال: "هوابني"، لايثبت النسب [منه لأنه جحدا أولاً وأقر به لغيره فلا يصح دعوته بعد ذلك ولا يثبت النسب][2] من واحد منهما في قول أبي حنيفة، وعندهما يثبت من المقرّ؛ لأنه لما نفاه وسكت، تمّ نفيه، وبطل إقرار صاحبه له، وصار كان لم يكن.

هذا إذا كذّبه المقرّ له في حياته، وإن كذّبه بعد ما مات المقرّ، عندهما يثبت النسب من المقرّ؛ لأن المانع من ثبات النسب من المقرّ قد زال، فعمل إقراه، كما لو كذّبه في حياته.

هذا كله إذا كان الغلام صغيراً لايعبّر عن نفسه، فإن كان يعبّر عن نفسه، أو كان كبيراً[3]، فإن لم يكن أقرّ على نفسه بالرقّ لهما يرجع إلى تصديقه؛ لأنه حرّ بحكم الدار، فلاتصحّ الدعوة إلا بتصديقه، فبعد ذلك المسألة علي وجهين:

إما أن ينكر جميع ذلك أو يقرّ، فإن أنكر لايكون ابنا لأحدهما، وإن أقرّ فهو على وجهين: إن أقرّ أنه ابن المقرّ، كان ابنا له لوجود الدعوة والتصديق، وكذا لو أقرّ أنه ابنهما يكون ابن للمقر؛ لأن تصديقه اتصل بالإقرار، فثبت النسب منه، وإذا ثبت النسب منه لايثبت من الآخر، لما قلنا[4].

وإن أقرّ أنه ابن الشريك، وصدّقه الشريك في ذلك، ثبت النسب منه، وبطل إقرار

---

(١) تكملة «فتح القدير» ٧/ ٣٤١.

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ج) و (د).

(٣) راجع تكملة «فتح القدير» ٧/ ٣٦٦.

(٤) «المبسوط» ١٨/ ٤٧-٤٨.

الآخر، وإن كان الغلام أقرّ بالرقّ على نفسه لهما، فهو بمنزلة من لايعبّر عن نفسه، لأنه لما أقرّ على نفسه بالرقّ، فقد أقرّ أنه لايدَ له، ولاقول، فلايرجع إليه، فإذا قال المقرّ: "هذا ابني وابنك"، أو "ابنك وابني"، أو "ابننا"، كان ابنا للمقرّ، لما قلنا في الفصل الأول، ثم بعد ذلك إن قال المقرّ له "هو ابن دونك"، أوقال: "هو ابننا" لاضمان على المقرّ، ولاسعاية على العبد، وإن عتق على المقرّ، وثبت نسبه من المقرّ، لأن المقرّ له لمّا ادعى نسبه، فقد أقرّ بحريته، و زعم أن شريكه ما أفسَد عليه شيئا.

وإن قال المقرّ له: "ليس بابن لي، أو قال: ليس باب لي ولا لك"، كان عتق الغلام مضافا إلى المقرّ، لأن عتوق الغلام[1] لم يكن في ملكهما، فكانت دعوة المقرّ دعوة تحرير، كأنه اعتقه، ومن أعتق عبداً بينه وبين غيره، إن كان موسرا ثبت لشريكه خيارات ثلاثة عند أبي حنيفة، وعندهما يضمن إن كان موسرا، ويسعى الغلام إن كان معسرا[2] كذلك هنا.

ومن هذا الفصل: جارية بين رجلين جاءت بولد، فقال أحدهما لشريكه: هو ابني وابنك، أو ابنك وابني، أو قال: ابني، أو ابننا، وصدّقة الشريك، فهو ابن للمقرّ خاصّة، وصارت الجارية أمّ ولد له، ويضمن لشريكه نصف قيمتها أمّ ولد، ولاعقر لأحدهما على الآخر، ولايرجع إلى تصديق الغلام، وإن كان الغلام وقت الإقرار كبيرا يعبّر عن نفسه[3].

أما إثبات النسب من المقرّ؛ فلانه أقرّ على نفسه بنسب مَن يحتاج إلى النسب، فينفذ

---

(١) في (ج) و (د): "العتوق".

(٢) راجع «الفتاوى الهندية» ٣/٣٧٦.

(٣) راجع «المبسوط» ١٧/١٤٣.

إقراره، وإنما لايرجع إلى تصديق الغلام؛ لأنه وُلد في ملكها، فكان ملكا لهما من حيث الظاهر، فلايلتفت إليه، ولاعقر لإحدهما على الآخر، لأنه لما صدّقه صاحبه، فقد أقرّ كل واحد منهما بوطء الجارية المشتركة، ويجب نصف العقر على كل واحد منهما لصاحبه، وصار قصاصا حتى لو كذّبه صاحبه، غرم المقرّ نصف العقر، لأن صاحبه أنكر الوطء، فلايعتبر قصاصا[1].

وإذا ثبت نسبه من المقرّ صارت الجارية أمّ ولد له، لأن علوق الولد[2] كان في ملكهما، فكانت دعوته دعوة استيلاد، وإذا صارت أمّ ولد له، ويصير متملّكا نصيب الشريك، يحل له وطئها، فيضمن نصف قيمتها[3].

ولايقال: لما صدّقه الشريك في ذلك، فقد أقرّ أنها أمّ ولد لهما، فينبغي أن لايضمن، ألاترى أن في مسألة أوّل الباب إذا صدّقه الشريك لايضمن شيئا من قيمته؛ لأنا نقول: بلى[4]! إلا أن القاضي كذّبه فيما أقرّ حيث جعلَها أمّ ولد للمقرّ، فيبطل إقراره[5].

فإن قيل: لو بطل إقراره بتكذيب القاضي، ينبغي أن يضمن نصف قيمتها أمّ قنه[6]

---

(١) انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٢) في (ج) و (د): "العلوق".

(٣) المرجع السابق.

(٤) في (ج) و (د): "نعم".

(٥) انظر «المبسوط» ١٦/ ١٥٥.

(٦) في (ج) و (د): "أم ولد".

[وقد قال في الكتاب إذا صدقه الشريك يضمن قيمتها أم ولد](1).

قلنا: إنما يضمن نصف قيمتها أمّ ولد؛ لأن المصدّق أقرّ الولد لهما، وبنقصان قيمتها، والقاضي كذّبه في أحدهما حيث جعلها أمّ ولد للمقرّ، وليس من ضرورة تكذيبه في أحدهما تكذيبه في الآخر، فبقي إقراره بنقصان القيمة، فإذا جعلها أمّ ولد للمقرّ، ونقل نصيب الشريك إليه، ومال المسلم لايملك إلا بضمان يعادله، وجب عليه قيمة نصيبه بقدر ما أقرّ به صاحبه، ويكون إقرار صاحبه بمنزلة الإبراء من ذلك القدر، حتى لو كذّبه صاحبه يضمن نصف قيمتها قنّة.

قال بعض مشايخنا: هذا قولهما، أما على قول أبي حنيفة لايضمن شيئاً؛ لأنّ عنده أمّ الولد غير متقوّمة، ومن المشايخ من قال لايضمن شيئاً في قولهم جميعا؛ لأن شريكه زعم أن صاحبه لم يتملّك عليه نصيبه، لأنّ أمّ الولد لاتحتمل النقل من ملك إلى ملك، فاعتبر زعمه إبراء لصاحبه عن الضمان، ووجه جواب الكتاب ما قلنا إن إقراره بعدم تملّك نصيبه بطل بالتكذيب، وإذا ثبت الملك ثبت بضمان يُقابله، بخلاف مسألة أول الباب؛ لأنّ ثمّة أقرّ بحريّة الولد، وما صار مكذّباً في ذلك(2).

واستوضح الفرق بين المسئلتين بمسألة ذكرها في الكتاب، قال: عبد بين رجلين ادّعى أحدهما أنه ابنه، ثم قال لصاحبه: إنك كنت اعتقته قبل هذا، فإن كذّبه صاحبُه ضمن، وإن صدّقه لاضمان عليه، لأن القاضي ما قضى إلا بحرية الغلام، فلم يصر مُكذّباً في إقراره بالحرية السابقة.

---

(1) ما بين المعكوفتين ساقط من (ج) و (د).

(2) «المبسوط» ١٧/ ١٨٤.

ولو اشتريا جارية، فادّعى أحدهما أنها أمّ ولد له، وقال الآخر: قد كنت أعتقتها قبل إقرارك، وكذّبه مدّعي الإستيلاد في ذلك، كان مدّعي الاستيلاد ضامناً لشريكه نصف قيمته؛ لأنّ إقراره بأمية الولد نفذ، وصار متملكاً نصب صاحبه بالضمان، وقضاء القاضي يجعلها أمّ ولد[1] له يُبطل كل عتق قبله، فكان ذلك تكذيباً لصاحبه في الإقرار بحرّيتها قبل ذلك، فإذا صار مكذّباً فيما أقرّ، لايبطل ضمان الاستيلاد عن المستولد، كذلك هنا.

واستوضح أيضاً: برجلين اشتريا جاريةً، فحبَلت عندهما، وولدت ولداً، فادّعى أحدهما الولدَ والآخر الأمّ، وخرج الكلامان معاً، ثبت نسب الولد ممن ادّعاه، وصارت الجارية أمّ ولد له؛ لأن دعوة مدعي الولد دعوة استيلاد؛ لأن علوقه كان في ملكهما، ودعوة صاحبه دعوة تحرير؛ لأن العلوق لم يكن في ملكه، فاستندت دعوة الإستيلاد إلى وقت العلوق، ويصير سابقاً حكماً، فتصير الجارية أمّ ولد له، ويضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها[2]، ولايبرأ من ذلك بإقرار شريكه فإن الجارية ابنته، لما قلنا إن الشرع لمّا جعلها أمّ ولد له، وكذّبه، بطل إقرار صاحبه بحريّة الجارية قبل ذلك، كذلك هنا.

الفصل الثاني:

قال: عبد بين رجلين، قال أحدهما لصاحبه: اعتقته أنا وأنتَ، أو أنتَ وأنا، أو قال اعتقناه، إن صدّقه صاحبه عتق كلهّ، ويصير مولى لهما؛ لأن الإعتاق يحتمل الشركة عند الكل، فإن الشريكين إذا اعتقا عبداً معاً كان كلّ واحد منهما معتقاً نصيبه، ويكون الولاء

---

(١) «المبسوط» ١٧/ ١٧٤.

(٢) راجع «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٧.

لهما، فإذا صدّقه صاحبه استند التصديق إلى وقت الإقرار، ويصير كأنهما أعتقاه معا[1].

وإن كذّبه صاحبه عتق نصيب المقرّ، وهو بمنزلة عبد بين اثنين أعتقه أحدهما، عند أبي حنيفة يعتق نصفه، ويخيّر شريكه، وعندهما يعتق كله، ونصف الولاء للمقرّ، ونصفه موقوف، لأن في زعم المقرّ أن نصف الولاء لصاحبه، وهو منكر، فبقي نصف الولاء موقوفا، فإن صدّقه صاحبه بعد ذلك يصير مولى لهما، لأن العتق والولاء لايحتمل النقض، فلايبطل بالتكذيب، فإذا عاد إلى التصديق، والإقرار قائم صحّ، ويجب على المصدّق ردّ ما أخذ من الضمان أو السعاية، لأنه أقرّ انه أخذ بغير حق[2].

الفصل الثالث:

جارية بين رجلين، قال أحدهما: "هي أمّ ولد لي ولك"، أو "لك ولي" أو قال: "أمّ ولدنا"، فإن صدّقه صاحبه فهي أمّ ولد بينهما؛ لأن الاستيلاد يحتمل الشركة، ألاترى أن الجارية المشتركة إذا ولدت فادّعياه معا، تصير أمّ ولد لهما، فإذا صدّقه صاحبه، صار كأنهما أقرّا معا، ولاشيء لأحدهما على الآخر[3].

بخلاف ما لو ولدت ولدا، وقال أحدهما: "هو ابني وابنك" أو "ابنك وابني" أو قال: "ابننا"، فإنه يثبت النسب من المقرّ من غير توقّف، وتصير الجارية أمّ ولد له؛ لأنه أقرّ بنسب الولد مقصودا، وأنه لايحتمل الشركة، فإذا وجد نفاذا على المقرّ، نفذ عليه، وبطل ما زاد عليه.

(١) «المبسوط» ١٨/ ١٦٩.

(٢) راجع «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٣) انظر «المبسوط» ١٦/ ١٤٢.

وإذا ثبت النسب منه تَبعتْه أمومية الولد؛ لأنها تَبع للنسب، أما هنا أقرّ بأمومية الولد مقصودا، وإنها تحتمل الشركة؛ فثبت على الوجه الذي أقرّ به، فلهذا نفذ في نصيبه، وتوقّف في حق الشريك على تصديقه، فإذا صدّقه يصير كأنهما أقرّا بذلك معا[1].

وإن كذّبه صاحبه فقال: ليست بأمّ ولدي، فإنها تصير أمّ ولد للمقرّ، وعليه لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها موسرا كان أو معسرا؛ لأنها صارت أمّ ولد له بإقراره، لأن إقراره على شريكه بطل بالتكذيب، فبقي إقراره[2]، ولو تفردّ بالإقرار كانت كلها أمّ ولد له، ويلزمه نصف قيمتها ونصف عقرها، كذلك هنا.

ويكون نصف خدمتها للمقرّ، والنصف موقوف، تَخدم المقرّ يوما، ويوما لا، لأن المقرّ زعم أن نصف خدمتها لشريكه، وهو إن ضمن لصاحبه نصف قيمتها، إلاأن نصيب صاحبه لايحتمل النقل من مِلك إلى ملك في زعمه، فبقي نصيب المقرّ على حكم ملكه، فيتوقّف نصف الخدمة، كمَن اشترى جاريةً، وزعم أن البائع كان استولدها قبل البيع، وكذّبه البائع، توقف خدمتها[3]، كذلك هنا.

فإن عاد الشريك إلى تصديقه بعد ذلك، كانت أمّ ولد لهما، ويردّ المصدّق على الشريك ما أخذ من الضمان؛ لأن نصيبه كان موقوفا، فإذا عاد إلى تصديقه صحّ تصديقه.

فإن مات أحدهما بعد ذلك، عتقت من غير سعاية، لأنها كانت أمّ ولد لهما، فإذا مات أحدهما عتق نصيبه من غير شيء، كما لو كانت كلها أمّ ولد له فمات، وإذا عتق

(١) راجع «المبسوط» ١٧/ ١٠١.

(٢) المرجع السابق.

(٣) راجع «المبسوط» ١٧/ ١٠١.

نصيب الميت عتق الباقي، لأن أمّ الولد لا قيمة لها في قول أبي حنيفة، فإذا أعتق نصيب أحدهما، عتق الباقي بغير شيء[1]، كما لو أعتقها أحدهما.

وعند أبي يوسف ومحمد إذا مات أحدهما، تسعى للآخر في نصف قيمتها، لأن ماليتها متقوّمة في قول أبي يوسف ومحمد، فإذا مات أحدهما، أو أعتقها أحدهما تسعى للآخر[2].

هذا إذا مات أحدهما بعد التصديق، وإن مات أحدهما قبل التصديق، فإن مات المقرّ عتقت بغير سعاية، أما نصيب المقرّ؛ لأنها أمّ ولد له، فتعتق بموته، ولا تسعى لغريم ولا لوارث، وأما نصيب المنكر؛ فلأنّ في زعم المنكر أن كلها كانت أمّ ولد للمقرّ بإقراره، وقد عتقت بموته، ولي عليه الضمان دون السعاية، فلهذا تعتق كلها من غير سعاية.

وإن مات المنكر دون المقرّ عتقت أيضاً؛ لأنها أمّ ولد للمقرّ من حيث الحكم، وفي زعمه أن نصيب المنكر عتق بموته من غير سعاية، ونصيبي منها غير متقوّم، في قول أبي حنيفة تعتق كلها من غير سعاية[3]، وعندهما تسعى للمقرّ في نصف قيمتها؛ لأن في زعم المقرّ أن نصيب المنكر عتق بموته، ونصيبي منها متقوّم، ولي عليها السعاية، فتسعى عندهما في نصف القيمة، ولم يشترط في الكتاب تصديق الجارية المقرّ فيما قال لوجوب السعاية للمقر[4]، وهو الصحّيح، بخلاف التدبير على ما نذكر.

---

(١) راجع المبسوط ١٧/ ١٢٤.

(٢) نظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٧.

(٤) في (ج) و (د): "للمنكر".

الفصل الرابع :

أمة بين رجلين قال أحدهما : دبّرتها أنا وأنت، أو أنت وأنا، أو قال : دبّرناها، فإن صدّقه صاحبه، فهي مدبّرة بينهما؛ لأن التدبير يحتمل الشركة بمنزلة الإعتاق[1]، وإن كذّبه فهي أمة بين رجلين دبّرها أحدهما، وحكمه معلوم أن عند أبي يوسف ومحمد يصير الكل مدبراً؛ لأن التدبير عندهما لايتجزّ. فيضمن لشريكه إن كان موسراً، وتسعى الجارية إن كان معسراً.

وعند أبي حنيفة : إن كان موسراً كان للساكت خيارات خمسة : إن شاء اعتق، وإن شاء دبّر، وإن شاء تركها كذلك، وإن شاء استسعى، وإن شاء ضمن شريكه[2].

فإن ضمن فنصفها مدبرٌ للذي ضمن، ونصفها موقوف، تخدم المقرّ يوماً، ويوماً لا؛ لأن المقرّ أقرّ بنصف الخدمة لشريكه، وصاحبه يقول إن نصيبي زال عن ملكي إلى شريكي بالضمان، فيتوقّف نصيب الآخر.

فإن مات أحدهما بعد ذلك، إن مات المقرّ، والجارية مصدّقة له، عتق نصفها بموته؛ لأن نصيب المقرّ كان مدبراً فيعتق بموته بحكم التدبير، فإن كان له مال يخرج نصفها من ثلثه، عتق نصفها، ولاسعاية عليها، وإن لم يكن له مال آخر سعَت لورثة المقرّ في ثلثي نصف قيمتها[3]؛ لأن التدبير وصية، والوصايا تنفذ من الثلث، وماله نصف الجارية،

---

(١) قال في «فتح القدير» ٧/ ٢٨١ . والتدبير بمنزلة الاعتقاق.

(٢) انظر «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦ .

(٣) راجع «المبسوط» ٧/ ١٢٥ .

فيعتق ثلث النصف، وتسعى في ثلثي[1] النصف لورثة المقرّ، والنصف الذي هو نصيب الجاحد موقوف كما كان قبل ذلك، ولايعتق، وإن أقرّ الجاحد أن جميعها مدبّرة للميت؛ لأن في زعم الجاحد أن نصيبه زال عن ملكه إلى المقرّ بالضمان، فتعذّر تصحيح العتق في ذلك النصف[2] بإقرار الجاحد، وتعذّر اعتاقه بإقرار المقرّ؛ لأن في زعمه أنّ نصيب الجاحد ما انتقل إليه؛ لأنه مدبر فبقي موقوفا.

فإن مات المنكر بعد ذلك عتقت، وسعت في هذا النصف لورثة المقر[3]، لأنها إذا صدّقت المقرّ فقد زعمت أنها كانت مدبرة بينهما، وأن ما أخذ الجاحد من الضمان من المقرّ أخذ بغير حق، وكان ذلك دَينا عليه، فما دام حيّا لايتعلق بماله، فإذا مات تعلق بماله، والتدبير وصيّة، والموصى له إذا أقرّ بدَين على الميت، وفي يده شيء من مال الميت، يلزمه قضاء الدين منه، ونصفها كان ملكا للجاحد، وعليه دين مستغرَق لذلك النصف، فيلزمها قضاء الدين من ذلك النصف، فلهذا سعت لورثة المقرّ في نصف قيمتها.

وإذا وجبت السعاية عليها في نصف القيمة ازداد مال المقرّ، وظهر أن ماله نصف الجارية، ونصف قيمتها على الشريك، فيعتق ثلث جميع الرقبة، وتسعى في الباقي[4].

وإن كانت مكذّبة للمقرّ وقالت: دبَرتني أنت فكما مات المقرّ عتقت، وسعت في ثلثي قيمتها؛ لأنها زعمت أنها كانت مشتركة بينهما، وقد دبرها المقرّ، وانتقل نصيب

---

(١) في (ج) و (د): "ثلث".

(٢) راجع البحر الرائق ٤/ ٢٣٨.

(٣) انظر البحر الرائق ٤/ باب العبد يعتق بعضه.

(٤) انظر «المبسوط» ٧/ ١٢٤.

صاحبه إليه بالضمان، فنفذ تدبيره في الكل[1].

فإذا مات المقرّ عتق ثلثها، وتسعى في الباقي من غير توقف، وإن مات المنكر أوّلا، فإن كانت الجارية صدّقت المقر، تسعى في جميع قيمتها للمقرّ.

أما في نصيب المكذّب فلأن في زعمها أن نصيبه مدبّر، وأن ما أخذ الجاحد من الضمان أخذ بغير حقّ، وهو دَين في تركته، والدين مقدم على الوصية، فتسعى في نصيب الجاحد لقضاء دينه، وتسعى في نصيب المقر[2].

وأما في نصيب المقرّ فلأن في زعمها أنها كانت مدبرة بينهما، والمدبر بين شريكين إذا مات أحدهما يسعى للباقي منهما في قيمة نصيبه، كالعبد بين شريكين إذا اعتقه أحدهما، فلهذا تسعى للمقرّ بقيمتها[3].

وإن كذّبته الجارية، وقالت: دبّرتني أنت، أو قالت: تدبرت عليك بإقرارك، سعَت للمقرّ في نصف قيمتها، لأن الجارية تزعم[4] أنها مدبرة للمقرّ خاصّة. وإن نصيب الجاحد انتقل إليه بالضمان، وإنما عتق نصيب الجاحد، لا بموت الجاحد، بل بإقرار المقرّ، فإن المقرّ يزعم أن نصفها عتق بموت الجاحد، فلايلزمها السعاية في نصيب الجاحد في زعم الجارية، وإنما يلزمها السعاية في نصيب المقرّ، لأن جميعها مدبرة للمقرّ، وقد عتق نصفها للمقرّ بإقراره، فيلزمها السعاية في النصف، كما لو كان كلها مدبرة له فأعتق

---

(١) البحر الرائق ٤/ باب العبد يعتق بعضه.

(٢) راجع «المبسوط» ١٧/ ١٢٥.

(٣) البحر الرائق ٤/ ٢٣٣-٢٣٤. باب العبد يعتق بعضه.

(٤) في (ج) و (د): "لأنا زعمت".

نصفها.

فإن مات المقرّ بعد ذلك قبل أداء السعاية، لم يذكر هذا في الكتاب، قالوا في الوجه الأول: وهو ما إذا كانت الجارية صدّقت المقرّ، سقط عنها ثلث السعاية، وتسعى في ثلثي قيمتها لورثة المقرّ[1]، لأن نصيب الجاحد عتق بموته، ولزمتها السعاية في هذا النصف لقضاء دين الميت، ولزمتها السعاية في النصف الباقي ضرورة عتق النصف، إلاأن العتق عند أبي حنيفة يتجزآ، والمستسعى بمنزلة المكاتب، فبقي نصيب الجاحد قبل أداء السعاية مدبّرا كما كان، فإذا مات المقرّ وجب تنفيذ الوصية في ثلث ماله، وماله عند الموت نصف السعاية بدين الجاحد، ونصف رقبتها، فتنفذ الوصية في ثلث ذلك، فيسقط عنها ثلث السعاية، وتسعى في الثلثين لورثة المقر[2].

وإن كانت الجارية كذّبته، سعت لورثة المقرّ في ثلث قيمتها، لأن في زعمها أنها مدبّرة للمقر، وعتق نصيب الجاحد بغير شيء بإقرار المقرّ لا بموت الجاحد، ووجبت عليها السعاية في النصف ليعتق الباقي، فإذا مات المقرّ قبل أداء السعاية، تنفذ الوصية في ثلث ماله، وماله نصف رقبتها، فيعتق ثلث النصف، وتسعى في ثلثيه، وهو ثلث الكل، وهذا كله قول أبي حنيفة.

أما عند أبي يوسف ومحمد: إذا أقرّ أحدهما بالتدبير تصير كلها مدبرة؛ لأنه لايتجزآ، فإن صدّقه الشريك كانت مدبرة بينهما، ويكون الحكم ما قلنا، وإن كذّبه الشريك

(١) هذا على الأصل المقرر بين أبي حنيفة وصاحبيه، أن الإعتاق يتجزأ عنده، ولا يتجزآ عندهما. راجع البحر الرائق ٤/ ٢٣٣.

(٢) انظر «المبسوط» ١٧/ ١٢٥

ضمن المقرّ لشريكه نصف قيمتها موسراً كان أو معسراً، ويصير الكل مدبراً[1]؛ لأن التدبير لايتجزأ، فإذا صار نصيب المقر مدبراً، صار الكلّ مدبراً، وإذا صار الكلّ مدبراً بإقراره انتقل إليه نصيب الشريك بالضمان، ويصير الكلّ مدبراً. وانتقل نصيب الشريك إليه بأداء الضمان، وضمان التملّك لايختلف باليسَار والعَسار، فيضمن على كل حال، ويكون النصف مدبراً له، والنصف موقوف؛ لأنه في النصف يحمل التدبير على الغير، وهو ينكر، فيتوقّف[2].

فإن صدّقه الشريك بعد ذلك صحّ تصديقه، وتصير مدبّرة بينهما؛ لأن الإقرار بالتدبير لايبطل بالردّ، وإذا عاد تصديقه، والإقرار قائم، صحّ تصدبقه، ويبطل الضمان عن المقرّ إن كان لم يأخذ، وإن كان أخذ الضمان ردّ ما أخذ.

وإن مات أحدهما قبل التصديق، فإن مات المقرّ سعت في ثلثي نصف قيمتها لورثة المقر[3]، صدّقته الجارية في ذلك أو كذّبته.

أما إذا صدّقته فلما قلنا إن المقرّ مع الجارية تصادقا إن نصفها مدبّر له، فيعتق ذلك النصف من الثلث، فتسعى في ثلثي ذلك النصف، ولاسعاية عليها في نصف المنكر مادام حيّا، ولأنّ دَين الحيّ لايتعلق بماله، فتؤخّر السعاية عليها في نصف الباقي إلى أن يموت الآخر.

وأما إذا كذّبته فكذلك أيضاً؛ لأنها تقول أنا مدبّرة المقر، وعليّ السعاية لورثته في

(١) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦.

(٢) انظر «كنز الدقائق» وشرحه «البحر الرائق» ٤/ ٢٣٤.

(٣) راجع «المبسوط» ٧/ ١٢٤.

الثلثين، والورثة يصدّقون المقرّ، فكان في زعم الورثة أن نصفها مدبر للشريك الآخر، ولاسعاية لباقي ذلك النصف، وهذا إقرار مَحض، فيبطل بالتكذيب.

بخلاف ما قلنا لأبي حنيفة، فإن عنده إذا كذّبته الجارية، ثم مات المقرّ، سعت في ثلثي قيمتها لورثة المقر، وعندهما تسعى في ثلثي نصف قيمتها؛ لأن عند أبي حنيفة بعتق البعض لايعتق الكلّ عنده[1]، فكانت طالبة بأداء السعاية حقا لها، وهو عتق الكلّ، فالقاضي قضى لها بعتق الكل عند أداء السعاية، فلايبطل ذلك بالتكذيب، وكان ذلك بمنزلة إقامة البينة على ذلك.

أما عندهما: إذا عتق بعضها بموت المقرّ عتق كلها[2]، فبقي إقرارها بالسعاية محض إقرار بالمال، فيبطل [بالتكذيب فلهذا اسعت في ثلثي نصف قيمتها ويؤخذ السعاية في النصف الباقي][3] لاحتمال أن يعود المكذّب إلى التصديق، فإن رجع إلى التصديق، ردّما أخذ من الضمان، وسعت له في نصيبه[4]، كما لو صدّقه في الإبتداء، ثم مات أحدهما فإنها تعتق، وتسعى للباقي منهما، كذلك ههنا.

وإن لم يرجع المكذّب إلى تصديقه حتى مات، والجارية صدّقت المقرّ، أو كذّبته، فإنها تسعى في ثلثي قيمتها لورثته، أما إذا صدّقت المقر: فلأنها مع المقرّ تصادقا أنها مدبرة بينهما، فإذا مات المنكِر وجبت عليها السعاية في نصيبه لقضاء الدين من الوجه الذي قلنا،

(١) انظر «المبسوط» ١٧/ ١٢٦.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٦. والبحر الرائق ٤/ ٢٣٣.

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ج) و (د).

(٤) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٣٧٤.

فازداد مال المقرّ، فوجب تنفيذ وصيته في ثلث ماله، وهو ثلثا النصف[1]، فيلزم السعاية في ثلثي قيمتها.

وأما إذا كذّبته: فلأن في زعمهم أنه يجب عليها السعاية في ثلثي قيمتها، أما في زعم ورثة المقر فلما قلنا في وجه التصديق، وأما في الجارية فلأنها تزعَم أنها كانت مدبرة المقرّ، وعتقت بموته، ووجبت عليها السعاية في ثلثيها.

وإن مات المنكر أوّلاً، ذكر على قولهما خاصةً أنها إن صدّقت المقر سعت في جميع قيمتها لورثته[2]؛ لأنها زعمت أنها كانت مدبرة بينهما، وبموت أحدهما عتق كلها عندهما، ونصف القيمة كان دَيناً على المنكر فتلزمها السعاية في ذلك لقضاء الدين، و تلزمها السعاية في نصيب المقر ضرورة أن العتق لايتجزء[3]، كالمدبرة بين اثنين إذا مات أحدهما، تسعى للباقي منهما في نصيبه، فإذا عتق كلها وجبت السعاية في جميع الرقبة، لاتسقط بموت المقرّ بعد ذلك.

وإن كذّبته الجارية سعت للمقر في نصف قيمتها لاغير؛ لأن في زعمها أنها كانت مدبرة للمقر خاصة، وإنما عتق نصفها بعد موت المكذّب بإقرار المقر، لا بموت المكذّب، فلم تجب عليها السعاية في ذلك النصف، وإنما وجبت عليها السعاية في نصيب المقر، فيلزمها السعاية في نصف قيمتها لاغير، وإذا عتقت، ووجبت السعاية في نصف القيمة، لاتسقط بعد ذلك[4].

---

(١) المرجع السابق.

(٢) راجع البحر الرائق ٤/ ٢٣٥.

(٣) المرجع السابق و «المبسوط» ١٧/ ١٢٦.

(٤) البحر الرائق ٤/ ٢٣٦. وتكملة «فتح القدير» ٧/ ٢٨١.

باب من الإقرار بالدين لقول الوارث أن أباه قبض من غريمه ويجحد الوارث الآخر

بنى الباب على أصول:

منها: أن الإقرار بالاستيفاء إقرارٌ بالدين؛ لأن قبض عين الدين لايتصور[1]؛ لأنه وصف الذمة، وإنما الديون تقضى بأمثالها، لا بأعيانها[2].

وطريق ذلك أن يجب للمديون على صاحب الدين مثلُ ما عليه، فيلتقيان قصاصاً، ويكون آخرهما قضاء عن الأول، وإذا كان طريق الاستيفاء هذا، كان الإقرار بالإستيفاء إقرار بالدين.

والثاني: أن المقرّ يعامَل بإقراره، كأنّ ما أقرّ به حقّ؛ لأنّ إقراره حجّة عليه[3].

والثالث: أن بيع المريض من وارثه وصية عند أبي حنيفة، وعندهما: إن لم يكن فيه محاباة لايعتبر وصية[4].

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: رجل مات، وترك ابنين لاوارث له غيرهما،

(١) انظر تكمله «فتح القدير» ٧/ ٣٧٣.

(٢) «المبسوط» ١٨/ ١٨٩.

(٣) راجع «المبسوط» ١٨/ ١٨٢.

(٤) انظر تكمله «فتح القدير» ٧/ ٣٧٣.

وله على رجل ألف درهم دَين، فقال الغريم: قبض مني الميّت خمس مائة درهم، وصدّقه أحدهما، وكذّبه الأخر، قال يأخذ المكذّب من الغريم خمس مائة درهم، ولاشيء للمصدّق؛ لأن المصدّق لما صدّقه في الإستيفاء فقد أقرّ على مورثه بدين خمس مائة، لما ذكرنا أن الأقرار بالاستيفاء إقرار بالدين[1].

ولو أقرّ على مورثه بدين خمس مائة، وكذّبه الآخر يقضي ذلك من نصيبه[2]، ولا يسلّم له شيء من الميراث لكون الدين مقدّماً على الميراث، فكذلك هذا.

فإن قال المصدّق الابن للغريم: إنك أقررتَ على نفسك بخمس مائة للميت، نصفها لي، ونصفها للابن الآخر، فلي أن أرجع عليك بمائتين وخمسين، لايلتفت إليه، لأن القاضي صرَف إقرارَه إلى نصيبه، فلا يبقى له حق المطالبة شيء.

كما لو أقرّ أنه استوفى بنفسه خمس مائة ولأن المصدق لو رجع على الغريم شيء لا يفيد، فكذا إذا أقرّ بالاستيفاء[3]، ينصرف الإقرار إلى نصيبه؛ لأنه لايفيد الرجوع؛ لأنه لو أخذ منه شيئاً تَنتقض المقاصّة بذلك القدر، فيصير ذلك القدر دَيناً للغريم على الميت، فكان له أن يرجع بذلك في نصيب المصدّق من التركة فلايفيد، وليس للمصدّق أن يشارك المكذّب فيما قبض من الغريم؛ لأن من حجة المكذّب أن يقول: إنك قد اتلفتَ حقك

(١) «المبسوط» ١٨/ ١٨١.

(٢) ونظيره ما ذكر في تكملة «فتح القدير»: ومن مات وترك ابنين وله على أخر مأته درهم فا قرا حدهما أن اباة قبض منهما خمسين لا شيئ للمقر ولأخر خمسون. ٧/ ٣٧٣.

(٣) راجع «المبسوط» ١٨/ ٤٥-٤٦.

بإقرارك، فيسلم لي الباقي[1].

ولو كان الغريم إدّعى أنه أوفاه جميع الالف، وصدّقه أحدهما، وكذّبه الآخر، بريء الغريم عن خمس مائة، ويرجع المكذّب على الغريم بخمس مائة بعد مايحلف المكذّب: بالله مايعلم أن الميت قبَض منه[2].

أما براءة الغريم عن نصيب المصدّق، ورجوع المكذّب على الغريم لما قلنا في الفصل الأول، وإنما يحلف المكذّب هنا، ولايحلف في الفصل الأول[3].

لأن في الفصل الأول الغريم إدعى البراءة عن خمس مائة، وقد حصل له البراءة عن خمس مائة بإقرار المصدّق، فلايحلف المكذّب لحق الغريم. أما هنا: الغريم يدّعي البراءة عن الالف، وقد برئ عن خمس مائة، فيحلف المكذّب لحق الغريم لرجاء النكول، وإنما يستحلف على العلم؛ لأنه استحلاف على فعل الغير.

فإن كان الميت ترك ألفاً أخرى، واقتسم الابنان يرجع الغريم على المصدّق بالخمس مائة التي أخذها المكذّب من الغريم، وذكر في "الأمالي" أنه لايرجع؛ لأن الغريم زعَم أنه بريء عن جميع الألف، إلاّ أن الابن الجاحد ظلمه، ومن ظلم ليس له أن يظلم غيره، وما أخذ الجاحد من الغريم دَين على الجاحد، ودين الوارث لايقضى من تركة الميت، فلايرجع[4].

---

(١) انظر للدليل تكملة «فتح القدير» ٧/ ٣٧٣.

(٢) انظر تكملة «فتح القدير» ٧/ ٣٧٣.

(٣) انظر «المبسوط» ١٨/ ٤٦.

(٤) راجع للتفصيل «المبسوط» ١٨/ ٤٥-٤٦.

وجـه ظاهر الرواية أن المصـدّق أقـرّ على أبيـه بدين ألف درهم ضـرورة الإقـرار بالاستيفاء، فإذا كذّبه الآخر، وأخذ منه خمس مائة، لم تسلم له البراءة إلا عن خمس مائة[1]، فبقيت الخمس مائة دينا على الميت، فيرجع بذلك[2] على المصدق؛ لأن الدين مقدم على الميراث.

وما قال: "بأن الغريم أقرّ أنه استفاد البراءة عن جميع الألف إلا أن الجاحد ظلمه".
قلنا: بلى! إلا أن القاضي لما قضى على الجاحد بخمس مائة، فقد كذّبه فيما أقرّ، فيبطل إقراره بقضاء القاضي.

ونظير هذا ما ذكر في "الجامع الكبير": رجل عليه دين لرجل، أمر رجلا أن يقضي دينه، فقال المأمور: قد قضيتُ، وصدّقه الآمر، وكذّبه صاحب الدين، وحلف، وأخذ دينه من الغريم[3]، لم يكن للمأمور أن يرجع على الآمر، وإن أقرّ الآمر[4] على نفسه للمأمور بالدين لما صدّقه في القضا، وإنما لايرجع؛ لأن المقصود من القضاء هو البراءة، فإذا لم تحصل له البراءة، وصار مكذبا، لايرجع عليه[5] المأمور، كذلك هنا.

واستشهد هذا الأصل بمسائل:

منها: لو قال الغريم: كنت أقرضتُ الميت ألف درهم بعد ما كان له عليّ ألف،

---

(١) انظر تكملة «فتح القدير» ٧/ ٣٧٤.

(٢) في (ج) و (د): "فيرجع به".

(٣) قوله: "من الغريم" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "الآمر" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "عليه" ساقط من (ج) و (د).

وصار القرض قصاصا بدَينه، وصدّقه أحدهما، وكذّبه الآخر، وأخذ[1] منه خمس مائة، وقد اقتسما ألفا أخرى بينهما، أما كان لهذا الغريم أن يرجع على المصدّق بخمس مائة؟ بل[2] كان له ذلك؛ لأنه لما صدّقه في القرض، فقد أقرّ على الميت بدين ألف درهم، وإنما يبرأ عن الدين بالمقاصّة، ولم تقع المقاصّة في خمس مائة، فبقي دينا على الميت، فيستوفي من تركته.

ومنها: لو قال الغريم: كان لي على أبيكما ألف درهم مؤجّلا قبل دينه، فحلّ الأجل، فصار ذلك قصاصا بدينه، وصدّقه أحدهما، وكذّبه الآخر، وأخذ منه الجاحد.

ومنها: لو قال الغريم: إني قضيتُ أباكما في حياته هذه الألف التي تركها لكما، فصدّقه أحدهما، وكذبه الآخر، وقد اقتسما الألف بينهما، وأخذ المكذّب من الغريم خمس مائة، كان للغريم أن يرجع على المصدّق بالخمس مائة التي في يده.

ومنها: رجل حضَره الموت، وله ثلاث بنين، وله على أحدهم ألف درهم، فأقرّ باستيفائها، وكذّبه الإبنان الآخران، لايصدّق، لأن الإقرار بالاستيفاء إقرار بالدين[3]، وهو في معنى الوصية، فلايصحّ للوارث إلا بتصديق الورثة، فإذا صدّقه أحد الإبنين، وكذّبه الآخر، بريء الإبن المقرّ له عن نصيبه، وهو الثلث، وعن نصيب المصدق، وذلك ثلث، ويغرم للمكذب ثلث الألف.

فإن ترك الميّت ألفا أخرى، واقتسموها بينهم، يأخذ الإبن الغريم ثلث الألف من

---

(١) في (ج) و (د): "أخذت".

(٢) "بل ساقط من (ج) و (د).

(٣) انظر «المبسوط» ١٨/ ٤٥-٤٦.

نصيبه، ونصيب المصدق، ولأن في زعم المصدق والإبن المقر له أن الميت أخذ من الغريم ألفا على وجه الاقتضاء، وكان ذلك ديناً عليه مالم تقع المقاصّة، وقد بطلت المقاصّة في الثلث الذي أخذه منه المكذّب، فبقي ذلك ديناً على الميت، فيقدّم على الميراث، يبقى ثلث الألف بينهما نصفين[1].

قال:[2] و لولم يكن له دين على وارثه، ولكن في يده عبد قيمته ألف، فقال في مرضه: بعته من ابني هذا بألف درهم في صحتي، واستوفيت الثمن، وسلّمت العبد إليه، ثم أودعَنيه، وصدّقه المقرّ له وأحد الباقين، وكذّبه الثالث[3] ثم مات الأب[4].

فإنّ قياس قول أبي حنيفة: ياخذ المكذّب ثلثَ العبد؛ لأنه متّهم في إسناد البيع إلى حالة الصحة، فيجعل كأنه انشأ البيع في المرض، وأنه وصية، فلايصح إلاّ بإجازة الورثة[5]، فإذا كذّبه أحدهم كان للمكذب أن ينقض البيعَ في نصيبه، وهو الثلث، فإذا أخذ المكذّب ثلثَ العبد، خيّر المقرّ له: إن شاء أمضى البيع في الثلثين، وإن شاء ترك؛ لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب[6].

---

(١) راجع «المبسوط» ١٨/ ٤٥-٤٦.

(٢) "قال ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "الآخر.

(٤) "الأب" ساقط من (ج)، وثبوته أصح.

(٥) راجع «المبسوط» ١٨/ ٤٦-٤٧.

(٦) المرجع السابق.

فإن أمضي البيع في الثلثين، وقد كان الميت ترك مالاً آخر لورثته[1]، رجع المقرّ له بثلث الثمن في نصيب المصدق ونصيب المقرله من ذلك المال؛ لأن الميت[2] أقرّ باستيفاء الثمن، فإذا استحقّ ثلث العبد على المشتري، رجع بثلث الثمن في تركة الميت[3].

وإن اختار المقرّ له نقضَ البيع، صار العبد بينهم أثلاثاً، ورجع المقر له بجميع الثمن في نصيبه ونصيب الأخ[4] المصدق من العبد، ومن مال آخر إن كان للميت مال آخر؛ لأن جميع الثمن صار ديناً على الميت عند انفساخ البيع بتصادقهما[5].

وعلى قول أبي يوسف ومحمد: لايفسخ البيع في شيء من العبد؛ لأن نفس البيع عندهما ليس بوصية، إنما الوصية في المحاباة، ولا محاباة ههنا، لكن يغرم المقر له ثلث الثمن للجاحد؛ لأن إقرار المريض بإستيفاء الثمن لم يصحّ في حق الجاحد؛ لأنه وصية؛ فيرجع بثلث الثمن على المقر له، ولايخيّر المقر له في نقض البيع، وإن غرم ثلث الثمن زيادة على ما التزم؛ لأن المقرله يرجع بما غرم في نصيبه ونصيب المصدق، فلايعدّ ذلك غرماء[6].

(١) سقط "لورثته" من (ج) و (د).

(٢) "الميت" ساقط من (ج) و (د).

(٣) راجع تكملة «فتح القدير» ٧/ ٣٧٢-٣٧٣.

(٤) "الأخ" ساقط من (ج) و (د).

(٥) المرجع السابق.

(٦) تكملة «فتح القدير» ٧/ ٣٣٧.

وكذا لو كان المريضُ باع العبدَ [1] من أحدهم بمعاينة الورثة بمثل قيمته، ثم أقرّ بإستيفاء الثمن، كان الجواب ما قلنا.

هذا إذا لم يكن في البيع محاباة، فإن كان فيه محاباة بأن كانت قيمته ألفي درهم، فأقرّ بالبيع بألف درهم، وبقبض الثمن، وصدّقه أحد الإثنين [2]، وكذّبه الآخر، على قول أبي حنيفة لايختلف الجواب: يفسخ البيع في الثلث، ويردّ على المكذب، وهذا والفصل الأول سواء؛ لأن عنده نفس البيع وصية.

أما على قول صاحبيه [3]: نفس البيع ليس بوصية، إنما الوصية في المحاباة، فإذا أقرّ بذلك في مرضه صار كأنه أنشأ البيع، وحابى، فيخيّر المقر له: إن شاء فسخ البيعَ، وإن شاء أمضى، وبلّغ الثمن إلى تمام القيمة في نصيب المكذب، فيغرم ثلث الألفين، ثم يرجع المقرّله بنصف ما غرم للمكذب في نصيبه ونصيب المصدق [4]؛ لأن المقرّله والأخ [5] المصدق تصادقا أن الميّت استوفى منه ألف درهم، وقد بطلت المقاصّة في نصيب الجاحد، وهو ثلث الألف بقضاء القاضي، فصار ذلك القدر [6] دينا على الميت باتفاقهما، فيقدم على الميراث [7].

---

(١) العبارة في (ج) و (د): "لوباع العبد المريض من أحدهم"، وما أثبت أصح.

(٢) جاء في (ج) و (د): "صدّقه أحدهما".

(٣) في (ج) و (د): "أما على قولهما".

(٤) تكملة «فتح القدير» ٧/ ٣٣٨.

(٥) "الأخ" ساقط من (ج) و (د).

(٦) "القدر" ساقط من (ج) و (د).

(٧) راجع «المبسوط» ١٨/ ٤٦-٤٧.

أما الزيادة على ثلث الألف، فإنما غرم لإزالة المحاباة في نصيب المكذب، لا بسبب استيفاء الميت، فلا يرجع بذلك على أحد، وإذا لم يرجع المقرّله في التركة إلا بنصف ما غرم، وهو ثلث الألف، بقي ثلث الألف غرماً محضاً، لزمه بسبب البيع، فيخيّر المقرّله إن شاء فسخ البيع[1]، وإن شاء أمضى[2]، بخلاف ماتقدم؛ فإن فيما تقدم[3] يرجع في نصيب نفسه ونصيب المصدق من الميراث بجميع ما غرم فلا يخيّر[4].

وإذا ثبت له الخيار ههنا، فإن فسخ البيعَ، وردّ العبدَ، صار العبد ميراثا بينهم، ويرجع المقرّله بجميع الثمن على الوجه الذي ذكرنا لأبي حنيفة في الوجه الأول.

وإن شاء فسخ البيعَ في حصّة[5] المكذب، وهو ثلث العبد؛ لأن زيادة الثمن إنما تلحقه في هذا الثلث، فكان له أن يفسخ البيع في الثلث[6]، وإن كان فيه تفريق على الجاحد؛ لأن المقرّله لو نقض البيعَ في الكل، لايسلّم للجاحد إلا ثلث العبد، فضرر التفريق مستحقّ عليه على كلّ حال، وإذا فسخ البيع في ثلث العبد رجع بثلث الألف في حصته، وحصة المصدّق لا غير[7]، لما قلنا.

ـ والله أعلم ـ

---

(١) "البيع" ساقط من (ج) و (د).

(٢) المرجع السابق.

(٣) في (ج) و (د): "لأن ثمّة يرجع".

(٤) سقط قوله: "بجميع ما غرم فلا يخيّر" من (ج) و (د).

(٥) في (ج) و (د): "نصيب المكذب".

(٦) انظر «المبسوط» ١٨/ ٤٦-٤٧.

(٧) المرجع السابق، وتكملة «فتح القدير» ٧/ ٣٦٤.

كتاب الغصب(١)

باب من الغصب(٢) والجناية مع الشراء

ذكر في الباب فصولا ثمانية: البيع، والهبة، والغصب، والوديعة، والغرور، والعفو مع القَتل، والوكالة، والكفالة.

وبناها على أصول ثلاثة:

أحدها: أن زوال المغصوب عن ملك المالك عند أداء الضمان، يستند إلى وقت الغصب في حق المالك والغاصب، وفي حقّ غيرهما يقتصر على التضمين، إلا إذا تعلّق بالاستيلاء حكم شرعيّ يمنعنا من أن نجعلَ الزوالَ مقصورا على الحال، فحينئذ يستند في حقّ الكلّ؛ لأن الزوال في حق المالك والغاصب استنَدَ لا لكون الغصب سببًا للملك و[illegible]، حتى يستند في حق الكل، بل ضرورة وجوب الضمان من وقت الغصب، فلا يظهر ذلك

(١) "كتاب الغصب" لم يثبت في الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٢) "الغصب" في اللغة: أخذ الشيء ظلما وقهرا، وفي الشرع: "هو أخذ مال متقوم محترم بلاإذن مَن له الإذن، على وجه يُزيل يدَه بفعل في العين"، وهذا التعريف على قول الشيخين، فإنهما اعتبرا في الغصب: إزالة اليد المحقّة بإثبات اليد المبطلة بفعل في العين. أما الإمام محمد رحمه الله فاكتفى بإثبات اليد المبطلة. راجع: «المغرب» ٢/ ١٠٥، «مجمع الضمانات» ص ١١٧، «الهداية» مع «فتح القدير» ٩/ ٣٢١، «بدائع الصنائع» ٧/ ٢١١.

في حق غيرهما إلا إذا اتصل بالاستناد حكم شرعيّ، لأن حكم الشرع يظهر في حق الكل، فيظهر الاستناد في حق الكل.

والثاني: أن هلاك الجاني، لا إلى الخلَف يبطل في حق وليّ الجناية، وهلاكه إلى خلَف لا يبطل؛ لأن موجِب الجناية يتعلق بنفس الجاني، وبطلان محل الحق موجب بطلان الحق، إلا إذا فات إلى خلَف؛ لأن البدل يقوم مقام المبدل، فيتحوّل الحق إليه.

والثالث: أن المخيّر بين أمرَين إذا اختار أحدَهما، بطل الآخر؛ لأن ما اختاره تعيّن حقا له من الأمر[1].

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

رجل اشترى جاريةً بألف درهم، فقبضها، فقتلت عنده قتيلا خطأً، ثم ماتت، فاستحقّها رجل بالبينة، وقضى له القاضي، فهو بالخيار إن شاء ضمن البائعَ قيمتها، وإن

---

(١) هذه قاعدة أصولية هامة تعرض لها الفقهاء والأصوليون، وترتب عليها فروع كثيرة في الفقه، أشار إليه الإمام الجصاص في تفسير قوله تعالى: ﴿فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان﴾ [البقرة: ١٧٨]. فقال: «من كان مخيراً بين أحد شيئين فاختار أحدهما كان الذي اختاره هو حقه الواجب له، قد تعين عليه حكمه عند فعله كأنه لم يكن غيره». «أحكام القرآن» ١/ ١٨٩، ونص عليه الإمام السرخسي بقوله: «المخير بين شيئين إذا اختار أحدهما تعين ذلك باختياره»، وقال في موضع آخر: «المخير بين الشيئين إذا أدّى أحدهما تعيّن ذلك من الأصل واجباً». انظر «المبسوط» ٢٥/ ١٢٤، ١٣٣، ٢٠/ ٤٧، ٣/ ١٥.
وينظر: «الفصول في الأصول للجصاص» ٢/ ١٤٧، «كشف الأسرار» للنسفي ١/ ٣١٤، «القواعد» لابن رجب ص ٢٤٤.

شاء ضمن المشتري؛ لأن كل واحد منهما غاصب في حقه، البائع بالغصب السابق[1]، والمشتري بالقبض بغير إذنه، فإن ضمن البائع برئ المشتري، وجاز البيع، وسلم الثمن للبائع، والقيمة المأخوذة[2] للمستحق.

وأما براءة المشتري عن الضمان؛ لأن الشرع أثبت له ولايةَ التضمين بشرط تمليك المغصوب من الضامن، وبعد ما ملكها من البائع لا يمكن التمليك من المشتري، فيبرأ المشتري ضرورةً.

وأما نفاذ البيع؛ فلأنه لما ضمن البائع، ملكها البائع من وقت الغصب، فيصير بائعا مالَ نفسه، وإذا نفذ البيع سلم الثمن للبائع ضرورة.

وأما سلامة القيمة للمستحق؛ فلأنها وجبت بالغصب السابق، ووقت الغصب[3] لم تكن جانية، فكانت هذه القيمة بدل ملك فارغ، لا بدل ملك مشغول بالجناية، فلا تتحولّ إليها الجناية، وتسلم للمستحق، ويبطل حق وليّ الجناية ضرورة فوات محل الجناية لا إلى بدل.

وإن ضمن المشتري قيمتها انتقض البيع، ويرجع المشتري بالثمن على البائع، [ولا تسلم القيمة للمستحق بل يدفعها][4] إلى وليّ الجناية.

أمّا انتقاض البيع، فلأنه لما ظهر الاستحقاق ظهر أن البيع كان موقوفا على إجازة

(١) "السابق": ساقط من (ج) و (د).

(٢) "المأخوذة": ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "البيع".

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

المستحق، فإذا ضمّن المستحق قيمتها، فقد ملكها بالقيمة، فيكون نقضًا للبيع السابق، ولأنه لما ملكها من جهة المستحق، فقد طرأ الملك الباتّ على الملك الموقوف فيبطله.

وإذا انتقض البيع بينهما، يرجع المشتري بالثمن على البائع، وإنما يدفع القيمةَ إلى أولياء الجناية؛ لأن المشتري ملكها بأداء الضمان مستندا إلى وقت قبضه من البائع، والجناية كانت بعد القبض، فلا تتحوّل إلى هذه القيمة، كما في تضمين البائع.

ووجه ما ذكر في الكتاب: أنّ زوال المغصوب عن ملك المالك يقتصر على التضمين في حق غير المالك والغاصب، وإذا اقتصر كان التضمين بمنزلة ابتداء التمليك بعد الجناية، فتتحوّل الجناية إلى بدلها، وإنما بطلت الجناية في تضمين البائع؛ لأنه لما ضمن البائع، ثبت الملك له من وقت الغصب من وجه، والملك من وجه يكفي لنفاذ البيع كملك المكاتب.

وإذا حكمنا بنفاذ البيع لم يكن التضمين تمليكا مبتدأ بعد الجناية، فكانت الجناية حاصلة على ملك المشتري، فكانت القيمة بدل ملك فارغ، لا بدل ملك مشغول.

أما هنا لم يتعلق بالاستناد حكم شرعيّ يمنعنا من الاقتصاد، فبقي التضمين تمليكا مبتدأ بعد الجناية، فيتحوّل إلى القيمة، فيؤمر بالدفع إلى أولياء الجناية، ثم يرجع عليه بقيمة أخرى؛ لأن المشتري قبض جاريةً فارغة، فلا يبرأ بردّ قيمةٍ مشغولة.

فإذا استحقّت القيمة من يد المستحق بسبب كان عند المشتري، صار كأنه لم يردّ، فيرجع عليه بقيمة أخرى، فإن قال المستحقّ: أنا أرجع بالقيمة الأخرى على البائع، لا على المشتري، لم يكن له ذلك، لأن اختياره تضمين المشتري كان إبراء للبائع.

ولو لم تمُت الجارية عند المشتري لكنها أبَقَت من يده ثم استحقت، كان المستحق بالخيار لما قلنا، فإن ضمن البائع نفذ البيع، وبطل حقّ وليّ الجناية لما قلنا في المسألة الأولى، فإن عادت من الإباق، عادت على ملك المشتري لنفاذ البيع، ويخاطب المشتري

بالدفع أو الفداء، لأن الجناية حصلت على ملك المشتري، فيخاطب بالدفع أو الفداء، كما هو حكم جناية المملوك.

وإن اختار المستحق تضمين المشتري، دفع المستحق القيمة إلى أولياء الجناية، ثم يرجع عليه بقيمة أخرى لما مرّ.

ولا يقال: إذا ضمن المشتري، فقد ملكها منه بعد العلم بالجناية، فوجب أن يصير مختاراً للفداء؛ لأنا نقول بلى! ملكها بعد الجناية لكنه عاجز عن الدفع، فلا يصير مختارا للفداء.

فإن أخذ المستحق القيمة من المشتري، أو لم يأخذ حتى عادت الجارية من الإباق، عادت على ملك المشتري، لا سبيل لوليّ الجناية عليها؛ لأن القاضي لما قضى على المشتري بالقيمة للمستحق، فقد قضى بهلاك الجارية ببدل، وتحوّل حق وليّ الجناية إلى بدلها، فلا يتغيّر بعد ذلك.

وإن كانت الجارية قائمة في يد المشتري، ولم تمُت، ولم تأبق، حتى جاء رجل، وادّعاها، وقضى القاضي للمستحق، بطل البيع، ويرجع المشتري بالثمن على البائع، كما هو الحكم في استحقاق المبيع.

ويقال للمستحق: ادفع الجارية بالجناية، أو أفدها؛ لأنه لما ثبت الاستحقاق، ظهر أنها جنَت في ملكه[1]، وهو قادر على الدفع، فيخاطب بالدفع أو الفداء، وأيّهما فعَل يرجع بالأقل من قيمتها ومن أرش الجناية، إن شاء على البائع، أو على المشتري.

أما الرجوع بالأقل؛ لأنه كان يتخلّص بالأقل، وإنما لزمته الزيادة باختياره، فلا

---

(١) في (ج) و (د): "ملكها".

يرجع بها على غيره، وإنما يخيّر في الرجوع على البائع أو المشتري؛ لأن كلّ واحد منهما غصب منه جاريةً فارغةً، وردّها مشغولة بالجناية، فيجعل كان لم يردّ.

فإن رجع على المشتري، لايرجع المشتري على البائع بما ضمن؛ لأنه ضمن بجناية كانت عنده، فلا يرجع على غيره، وإن رجع على البائع، يرجع هو على المشتري بما غرم؛ لأن البائع غاصب، والمشتري غاصب الغاصب؛ لأن البائع إنما رضي بقبض المشتري بجهة البيع بشرط سلامة الثمن له، فإذا انتقض البيع بينهما، ولم يسلم له الثمن، بقي القبض بغير إذنه، فيكون بمنزلة غاصب الغاصب، والغاصب إذا ضمن، يرجع على غاصب الغاصب، أما غاصب الغاصب لا يرجع على أحد.

الفصل الثاني: وهو فصل الهبة:

(رجل وهب لرجل جاريةً، وقبضها الموهوب له، فقتَلَت عنده قتيلا، ثم ماتت، ثم استحقها رجل بالبينة كان المستحق بالخيار[1]، فإن شاء ضمن الواهب، وإن شاء ضمن الموهوب له)؛ لأن كل واحد منهما غاصب في حقه، وأيّهما ضمن لا يرجع على صاحبه.

أما الموهوب له؛ فلأنه ضمن بفعل باشَره لنفسه، وهو القبض على جهة التمليك، فلا يرجع على غيره، وإنما يرجع المشتري على البائع بالثمن؛ لأنه تملّكها بعوض، فإذا استحقّ المبيع من يده معنى، يرجع بالثمن، أمّا الموهوب له تملّكها بغير عوض، فلا يرجع على أحد، وإن ضمن الواهب لا يرجع الواهب على الموهوب له.

فرّق بينه وبين البيع، فإن ثمّة إذا كانت الجارية قائمة، وأخذها المستحقّ، يخاطب

---

(١) "كان المستحق بالخيار": ساقط من (ج) و (د).

بالدفع أو الفداء ثم يرجع بالأقل على أيهما شاء، فإن رجع على البائع[1]، رجع البائع على المشتري، والواهب لا يرجع؛ لأن قبض المشتري قبض ضمان بمنزلة الغصب.

ألا ترى أن في بيع المقايَضة إذا استحق أحد العوضين أو ردّه بالعيب[2]، وقد هلك الآخر عند صاحبه، كان للمستحقّ عليه، والرادّ بالعيب أن يرجعَ على صاحبه بقيمة الهالك، فثبَت أن قبض المشتري قبض ضمان، فكان بمنزلة الغصب.

أمّا قبض الموهوب له قبضُ أمانة بمنزلة الوديعة، ولهذا لو هلك الموهوب حتى بطل حقّ الواهب في العين، لا يرجع عليه بشيء، والغاصب إذا ضمن لا يرجع على مودعه، فكذلك هنا، وفيما سِوى ذلك الهبة بمنزلة البيع.

هذا إذا كانت الجناية بعد البيع، فإن جنَت قبل البيع، ثم باعها، وسلّمها إلى المشتري، وهو يعلم بالجناية، أو لا يعلم، ثم استحقّت بالبينة، فإن كانت قائمة أخذها المستحق، ويخاطب بالدفع أو الفداء كما هو حكم جناية المملوك[3]

وأيّما فعل لا يرجع على المشتري؛ لأنها غصبها مشغولةً بالجناية، وردّها مشغولةً، فبرئ عن الضمان، ويرجع على البائع؛ لأنه لحِقَه غرم بسبب كان عند البائع، فيرجع عليه بالأقل.

---

(١) سقطت العبارة: "يخاطب بالدفع أو الفداء ثم يرجع بالأقل على أيهما شاء، فإن رجع على البائع" من (ج) و (د)، فالعبارة فيهما "وأخذها المستحق ودفع أو فدى، ورجع بالأقل على البائع".

(٢) وجاء في (ج) و (د): "لو ردّ بالعيب، أو استحقّ أحدهما".

(٣) قوله: "كما هو حكم جناية المملوك" ساقط من (ج) و (د).

وإن كانت الجارية هلكت عند المشتري، ثم استحقت يرجع المستحق بقيمتها على أيّهما شاء، لأن كل واحد منهما غاصب في حقّه.

فإن ضمن البائع نفذ البيع، وسلّمت القيمة للمستحق، لا حقَّ لوليّ الجناية فيها؛ لأن البائع ضمن القيمة من وقت الغصب فكانت القيمة واجبة قبل الجناية فلا يتحول إليها الجناية[1]، ثم يضمن البائع قيمة أخرى لأولياء الجناية؛ لأن البائع[2] ملكها من وقت الغصب، فظهر أن الجناية كانت في ملك البائع، وقد أخرجها عن ملكه بالبيع على وجه لا يصير مختارا للفداء.

أما إذا لم يكن عالما بالجناية فظاهر، وإن كان عالما فكذلك؛ لأنه لم يكن مالكا وقت البيع ظاهرا، واختيار الفداء لا يتحقّق إلا من المالك، فإذا أخرجها عن ملكه على وجه لا يصير مختارا، كان عليه القيمة لأولياء الجناية.

وإن ضمن المستحق المشتري، بطل البيع، ويرجع المشتري بالثمن على البائع لما مرّ، ولا تسلم القيمة للمستحق، بل يدفعها إلى وليّ الجناية؛ لأنها بدل جارية مشغولة بالجناية، فتتحوّل إليها الجناية.

ثم يرجع المستحق على البائع بقيمة أخرى، لا على المشتري؛ لأنه أخذ جارية مشغولة، وردّ قيمة مشغولة، فيخرج عن الضمان، وإنما يرجع على البائع؛ لأن القيمة استحقّت من يده بسبب كان في ضمانه، فيرجع عليه بالقيمة، والهبة في هذا بمنزلة البيع إلا أنه إذا ضمن الواهب لا يرجع على الموهوب له.

---

(١) قوله: "فكانت القيمة واجبة قبل الجناية فلا يتحول إليها الجناية" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "لأنه".

وإن ضمن الموهوب له، ودفع القيمة إلى أولياء الجناية، يرجع على الواهب بقيمة أخرى؛ لأنه قبضها فارغةً، فلا يبرئ بردّ قيمة مشغولة.

وأما فصل الغصب:

رجل غصب جاريةً، فغصبها منه آخر، فقَتلت عند الثاني قتيلا خطأً، ثم ماتت، واستحقها[1]، كان له أن يضمن قيمتها أيّهما شاء لوجود سبب الضمان من كل واحد منهما، وهو الغصب، فإن ضمن أحدهما كل القيمة، لا يبقى له ولاية تضمين الثاني؛ لما عرف.

وإن ضمن أحدَهما نصف القيمة، أو ثلثها، أو ربعها كان له أن يضمن الثاني ما بقي من القيمة؛ لأنه ملك الأولَ قدر ما ضمن، فملك تمليك الباقي من غيره.

فإن ضمن الأول كل القيمة دفعها إلى وليّ الجناية، لأن التضمين في حق وليّ الجناية تمليك مبتدأ بعد الجناية، إلا إذا اتصل بالإسناد حكم شرعيّ، ولم يتصل هنا، فكان تضمين الأول في حق وليّ الجناية كتضمين الثاني.

ولو ضمن الثاني لا تسلم له القيمة، بل يدفعها إلى وليّ الجناية؛ لأنها بدل جارية مشغولة، فكذا إذا ضمن الأول، ثم يرجع المالك[2] على الغاصب الأول بقيمة أخرى؛ لأن القيمة الأولى استحقّت من يده بسبب كان في ضمان الأول؛ لأنها لا تخرج عن ضمان الأول بغصب الثاني.

---

(١) في (ج) و (د): "ثم استحقت".

(٢) "المالك": ساقط من (ج) و (د).

وإن أراد المستحق أن يرجع بالقيمة الثانية على الغاصب الثاني، لا على الأول، لم يكن له ذلك، لأن اختياره تضمين الأول، تضمّن إبراء الثاني، فلا يرجع على الثاني، بل يرجع على الأول، ثم الأول يرجع على الغاصب[1] الثاني بالقيمتين.

أما القيمة الأولى فلأن الغاصب[2] الأول ملكها بالضمان، فكان الثاني غاصبًا مال الأول، وقد هلكت عنده، فيرجع عليه بقيمة ملكه، وأما القيمة الثانية فلأنها وجبت على الغاصب الأول بجناية كانت عند الثاني، فيرجع بها عليه.

وإن اختار المستحق تضمين الثاني أوّلاً، يدفع القيمة إلى أولياء الجناية؛ لما ذكرنا، ثم يرجع عليه بقيمة أخرى، وليس له أن يرجع بالقيمة الثانية على الأول، لأن تضمينه تضمّنَ إبراء الأول.

ولو لم تُمت الجارية عند الغاصب[3] الثاني حتى أخذها المستحق، ودفعها إلى أولياء الجناية، كان[4] له أن يرجع بقيمتها، إمّا على الأول أو على الثاني؛ لأنها استحقت عليه بجناية كانت في ضمانها فإن رجع بها على الأول بها على الثاني لأن الثاني حصتها[5] فارغة، وردّها مشغولةً فلا يبرئ بردها[6]، وإن رجع المستحقّ بقيمتها على الثاني، لا يرجع الثاني على الأول.

---

(١) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).

(٢) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).

(٣) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).

(٤) "كان": ساقط من (ج) و (د).

(٥) من قوله: "كانت في ضمانها" ألى قوله: "لأن الثاني حصتها".

(٦) "بردها": ساقط من (ج) و (د).

ولو كانت الجناية عند الأول، فغصبها الثاني، وماتت عنده ضمّن المولى أيّهما شاء، فإن ضمن الثاني قيمتها، ودفع إلى أولياء الجناية، يرجع بقيمة أخرى على الغاصب الأول دون الثاني؛ لأن الثاني غصَبها مشغولة، وردّ قيمة مشغولة، فيبرئ، أما الأول غصبها فارغةً، فكان للمولى أن يرجع عليه بضمان الجناية[1].

وإن اختار المستحق تضمين الغاصب الأول دفع القيمةَ إلى أولياء الجناية؛ لأن التضمين تمليك مبتدأ في حق وليّ الجناية، ثم يرجع بقيمة أخرى على الأول؛ لما عرف.

ثم الغاصب[2] الأول يرجع على الغاصب[6] الثاني بقيمة واحدة؛ لأنه ملكها بالضمان، وغصبها منه الثاني، وهلكت عنده، فيرجع عليه بقيمتها، أما القيمة الأخرى وجبت على الأول بجناية كانت عند الغاصب الأول، فلا يرجع بها على غيره.

ولو لم تُمت عند الثاني حتى أخذها المولى من الثاني واختار الدفع أو الفداء[3] يرجع بالأقل على الغاصب[4] الأول، لأن الجناية كانت في يده، ثم لا يرجع الأول على الثاني، لأن ما وجب على الأول وجب بجناية كانت عنده، فلا يرجع بذلك على غيره.

ولو كانت الجناية عند الغاصب الثاني، ثم جاء المولى[5] وأخذها، ودفع أو فدى يرجع بالأقل على أيّهما شاء لوجود الجناية في ضمانهما، لأن بغَصْب الثاني لا تَخرج الجاريةُ عن ضمان الأول، فإن رجع على الأول، يرجع هو على الثاني؛ لوجود الجناية في

---

(١) "بضمان الجناية": ساقط من (ج) و (د).

(٢) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): مكان "المولى من الثاني..." "المستحق، ودفع أو فدى".

(٤) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).

(٥) "ثم جاء المولي": ساقط من (ج) و (د).

يده، وإن رجع على الثاني، لا يرجع هو على الأول؛ لما تقدم.

وأما فصل الوديعة:

رجل غصب جارية، وأودَعها رجلاً، فقتَلت عنده قتيلا خطأ، ثم ماتت، في مستحق واستحقها بالبينة[1] فهو بالخيار، يضمّن أيهما شاء؛ لأن كل واحد منهما غاصب في حقه.

وهذا والغصب سواء، إلا في خصال ثلاثة:

أحدها: أن هناك إذا ضمن الغاصب لا يرجع على مودعه؛ لأنه ملكها بأداء الضمان، فيصير مودعًا مالَ نفسه.

والثاني: أنه إذا اختار المستحق تضمين المودَع[2]، يدفع القيمة إلى أولياء الجناية، ثم يرجع عليه بقيمة أخرى، ثم المودع يرجع بجميع ما غرم على الغاصب؛ لأنه عامل له، فيرجع عليه بجميع ما غرم، فإن قال المستحق: أنا أرجع بالقيمة الثانية على الغاصب لم يكن له ذلك، كما في الغصب.

فإن قيل: ينبغي أن يكون له ذلك؛ لأنّ الملك في المغصوب عند تضمين المودع يثبت للغاصب؛ لأن قرار الضمان عليه، فلم يكن تضمين المودع تمليكا للمغصوب من المودع، حتى يمتنع تضمين الغاصب.

قلنا: المودَع في حق المستحق بمنزلة غاصب الغاصب، وفي حق الغاصب لَمّا كان قرار الضمان عليه، كان المودع عند تضمينه بمنزلة الوكيل بالشراء، فإذا ضمن المودع،

---

(١) في (ج) و (د): "ماتت واستحقت" إلى قوله: "فهو بالخيار".

(٢) العبارة في (ج) و (د): "إذا ضمن المستحق المودع".

ويثبت الملك في المغصوب للغاصب بسبب باشره المودَع، وهو أداء الضمان، فلو رجع المستحق بالقيمة الثانية على الغاصب، يصير الغاصب مالكا بسبب باشره بنفسه، وبعد ما ملكه بسبب باشره وكيله لا يتصوّر تملكه بفعل باشره بنفسه، كما لو وكّل إنسانا بشراء شيء، فاشتراه الوكيل، ثم اشتراه الموكل بنفسه لا يصح، كذلك هنا.

والخصلة الثالثة: أنها لو أبَقت من المودع، ثم عادت من الإباق بعد التضمين، عادت على ملك الغاصب في الأحوال كلها؛ لأن قرار الضمان على الغاصب.

وأما فصل القتل:

رجل غصب عبداً قيمته ألف درهم، فازدادت قيمته، وبلغت ألفي درهم، فقتَل عنده قتيلا خطأ، ثم جاء رجل وقتله[1] خطأ، ثم استحق، فالمستحق بالخيار، إن شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب ألف درهم حالّة، وإن شاء ضمن عاقلة القاتل قيمته يوم القتل ألفي درهم لكن[2] في ثلاث سنين؛ لأن الغصب والقتل كلاهما وجدا على ملكه.

وفي التخيير فائدة لاختلاف الواجب، واختلاف من وجب عليه، فضمان الغصب قيمته يوم الغصب حالّة في مال الغاصب، وضمان القتل قيمته يوم القتل على عاقلة القاتل مؤجّلا في ثلاث سنين، فيخيّر المستحق.

فإن قال الغاصب أو القاتل: أنا لا أرضى بما اختار المستحق، لا يلتفت إليه لما تقدم، فإن اختار المستحق تضمين الغاصب، يأخذ القيمة، ويدفعها إلى وليّ الجناية؛ لما قلنا: إن التضمين في حق وليّ الجناية بمنزلة التمليك المبتدأ.

---

(١) في (ج) و (د): "ثم قتله رجل خطأ".

(٢) "لكن": ساقط من (ج) و (د).

ثم يرجع عليه بقيمة أخرى؛ لأن الأولى استحقت من يده بسبب كان في ضمانه، ثم يرجع الغاصب على عاقلة القاتل؛ لأن الغاصب ملك العبد بأداء الضمان، فيصير قاتلا ملكَه، فيجب على العاقلة قيمته يوم القتل ألفي درهم، فيسلم ذلك للغاصب، ولا يتصدق بشيء، لأنه غرم ألفي درهم بدفعتين، وأخذ ألفي درهم، فلا يظهر الربح.

وإن اختار المستحق تضمين العاقلة يضمنهم قيمته يوم القتل[1] ألفي درهم في ثلاث سنين، وإنما تجب في ثلاث سنين، لأنه ضمان جناية الخطأ، فيكون مؤجّلا، فيكون على العاقلة.

أما ضمان الغصب بدل الملك، فيكون حالاً في مال الغاصب، ويأخذ من العاقلة في كل سنة ثلث القيمة، ويدفعها إلى وليّ الجناية؛ لأن المأخوذ بدل رقبة كانت مشغولة بالجناية، فلا يسلم له.

ولا يقال: بأن الواجب على العاقلة ضمان الدم، وحق وليّ الجناية يتعلق بماليته لا ببدل الدم.

لأنا نقول: الواجب بقتل العبد ضمان آدميّ هو مال، وحق أولياء الجناية، كان متعلقا برقبة هي مال، فيتحوّل إلى بدلها، كما تُقضى ديونه من قيمته، وكلما دفع ثلث القيمة إلى أولياء الجناية، يرجع على الغاصب بثلث الألف، وهو ثلث قيمته يوم الغصب.

أما الرجوع؛ لأن القيمة استحقت من يده بسبب كان في ضمانه، وهو الجناية، لكن يرجع بعد الدفع إلى أولياء الجناية لا قبله، لأن الرجوع على الغاصب حكم استحقاق ما

(١) "يوم القتل": ساقط من (ج) و (د).

أخذ من العاقلة، فلا يرجع ما لم يستحق.

وكلما دفع ثلث الألفين إلى وليّ الجناية يرجع على الغاصب بثلث الألف، وإنما يرجع بثلث الألف، لا بالزيادة؛ لأنه مضمون عليه بقيمته يوم الغصب، والزيادة أمانة في يده، فلا يرجع بالزيادة.

ولا يرجع على العاقلة ثانيًا؛ لأن القتل صادف محلا مشغولا، فتحصل لهم البراءة ببدل مشغول، ولا ترجع العاقلة على القاتل بشيء؛ لأنهم قاموا مقام القاتل بطريق التحمّل عنه.

فإن كانت قيمته يوم الغصب ألفا، وقيمته حين قُتل أكثر من ألفين، وضمن المالك الغاصب ألف درهم، ودفعها إلى ولي[1] الجناية، ثم رجع عليه بألف أخرى، رجع الغاصب على العاقلة بقيمته يوم القتل؛ لما ذكرنا، ويتصدّق بالفضل على الألفين؛ لأنه ربح حصل بسبب خبيث.

وإن كان قاتل العبد[2] هو الغاصب، والمسألة بحالها، فالمستحق بالخيار، إن شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب ألف درهم حالة، وإن شاء ضمن عاقلة الغاصب ألفي درهم في ثلاث سنين قيمته يوم القتل.

أما تخيير المستحقّ لما ذكرنا من الفائدة، فإن ضمن الغاصب ألفاً دفعها إلى وليّ الجناية؛ لما مرّ، ثم يرجع عليه بألف أخرى لما قلنا.

وتبرئ العاقلة عن ضمان القتل، ولا يرجع الغاصب على عاقلته بشيء لوجهين:

---

(١) في (ج) و (د): "أولياء".

(٢) في (ج) و (د): "القاتل".

أحدهما: أنه ملكه بأداء الضمان، فيصير قاتلا عبدَ نفسه، والثاني: أنهم يتحمّلون عنه، فلا يغرمون له.

وإن اختار المستحق تضمين العاقلة، وأخذ منهم القيمة يدفعها إلى وليّ الجناية، ثم يرجع على الغاصب بقيمته يوم الغصب ألف درهم؛ لأن القيمة الأولى استحقّت من يده بسبب كان في يد الغاصب، وهو الجناية، فيرجع عليه بقدر ما هو بدل الملك، وهو ضمان الغصب، ولا يرجع بالزيادة.

ثم كيف يرجع المستحق على الغاصب؟ كلما يأخذ ثلث القيمة من العاقلة، ويدفع إلى وليّ الجناية، يرجع على الغاصب بثلث الألف لما قلنا.

وأمّا فصل الغرور:

رجل اشترى جارية بألف درهم، وتقابضا، فوطئها المشتري، وحبلت منه، ثم ضربت الجارية بطنها، فألقت جنينا ميّتا، ثم استحقها رجل بالبينة، فإنه يأخذها وعقرها، كما هو حكم استحقاق الجارية الموطوءة، ويرجع المشتري على البائع بالثمن لانتقاض قضية[1] البيع بسبب الاستحقاق، ولا يرجع بالعقر؛ لأن الثمن بدل الملك، فإذا لم يسلم له الملك يرجع بالبدل، أما العقر بدل ما نال من لذة الوطء، وقد سلمت له اللذة، فلا يرجع بذلك على غيره.

ثم يقال للمستحق: إن أمتَك قتلت ولدها، وهو حرّ، وغرة الجنين الحر عبد أو فرس قيمته خمسمائة درهم، فادفع أمتك بالغرة، أو افدها بها، فإن دفع أو فدى، يقال للمغرور، وهو المشتري: إنك أخذتَ بدل الولد، فسلم لك الولد من حيث المعنى.

---

(١) "قضية": ساقط من (ج) و (د).

ولو قتله إنسان بعد الولادة، وأخذت الدية من القاتل، كان عليك جميع قيمته للمستحق؛ لأن ولد المغرور مضمون على المستولد بقيمته، فإذا سلم لك الغرة تغرم بحسابها من القيمة، والغرة خمسمائة درهم، وهو نصف عشر دية الغلام، أو عشر دية الجارية، فيضمن نصف عشر قيمة الجنين حيا لو كان غلاما، وعشر قيمتها حيّة لو كانت جارية، ثم يرجع المشتري على البائع بما غرم من قيمة الولد بحكم الغرور.

ثم يرجع المستحق إن كان دفع، أو فدى بأقلهما، إن شاء على البائع، وإن شاء على المشتري لما ذكرنا أن الجارية دخلت في ضمانهما فارغة، فإذا استحقت على المولى بسبب كان في ضمانهما كان له الرجوع، فإن رجع على المشتري لم يرجع المشتري على البائع، وإن رجع على البائع يرجع البائع على المشتري؛ لأنه لما انتقض البيع، صار المشتري بمنزلة غاصب الغاصب.

ثم شُرِط لوجوب الغرّة العمدُ في فعل الجارية، لأن معالجتها نفسها مباح مطلق، بخلاف نحن الأجنبيّ، وصار هذا كحَفر البئر في ملك نفسه مع الحفر في قارعة الطريق، فإن تعمّدت الطرحَ يصير فعلها جناية، وكذا لو شربت دواء لطرح الولد، لأن من الأدوية ما يعمل في الطرح، إلا أنه يشترط قصد الطرح؛ لأن شرب الدواء لإصلاح البدن مباح مطلق، فلا تغرم شيئا ما لم تتعمّد طرح الولد.

وكذا لو وضعت شيئا في قبلها مما يطرح به الولد، وأدخلته في الرحم، وسقط الجنين، وهذا أحرى أن يكون قتلا، ولا توجد هذه المسألة إلا في هذا الكتاب.

والهبة في هذا بمنزلة البيع إلا في خصلتين:

إحداهما: أن ما غرم الموهوب له للمستحق من أرش الجنين، لا يرجع به على الواهب، والمشتري يرجع؛ لأن الغرور إنما يوجب حق الرجوع على الغارّ إذا كان في عقد

المعاوضة؛ لأنه ملتزم للسلامة، أما إذا لم يكن في عقد المعاوضة لا يكون ملتزما للسّلامة، فلا يوجب حق الرجوع.

ألا ترى أن من أخبر إنسانا بأمن الطريق، فسلك، وأخذ اللصوص مالَه، لايرجع عليه، كذلك هنا.

والخصلة الثانية: أن المستحق إذا رجع على الواهب بأقل مما دفع، أو فدى لا يرجع الواهب بذلك على الموهوب له، وفي البيع يرجع البائع بذلك على المشتري، لأن البائع إنما رضي بقبض المشتري بشرط أن يسلم له الثمن، فإذا لم يسلم له الثمن[1] كان المشتري في حقه بمنزلة غاصب الغاصب.

أما الواهب تبرّع بالتسليم، وقبضُ الموهوب له قبض أمانة في حقه، لا قبض ضمان، وفيما سوى ذلك الهبة بمنزلة البيع.

وأما فصل الوكالة:

رجل غصب جارية، فأودعها رجلا، فأبَقت منه، ثم استحقت، كان له الخيار يضمن أيّهما شاء، فإن ضمن الغاصب برئ المودَع، وكانت الجارية ملكا للغاصب، وإن ضمن المودع كان للمودع أن يرجع على الغاصب بما ضمن؛ لأنه عامل له، وتصير الجارية بنفس تضمينه ملكا للغاصب، حتى لو أعتقها الغاصب جاز، ولو أعتقها المودع لا يجوز.

ولو كانت ذا رحم محرم منه، عتقت على الغاصب دون المودع؛ لأن قرار الضمان على الغاصب، والمودع في حقه عند تضمين المستحق بمنزلة الوكيل بالشراء.

فإن أخذ المستحق القيمة من المودع، ثم عادت من الإباق قبل رجوع المودع على

(١) "له الثمن": ساقط من (ج) و (د).

الغاصب بما ضمن، كانت ملكا للغاصب، وللمودع أن يرجع على الغاصب بما ضمن قبل الأداء بنفسه، كالوكيل بالشراء.

فإن قال المودع بعد ما عادت من الإباق: أنا آخذ الجارية بالقيمة التي ضمنت، ولا أرجع على الغاصب بالقيمة، لم يكن له ذلك لما قلنا إنه بمنزلة الوكيل بالشراء، والوكيل بالشراء لا يملك تحويل العين إلى نفسه، فكذا المودع.

وإن هلكت في يده بعد العود من الإباق، تهلك أمانةً، وكان حقه في الرجوع على الغاصب كما كان، وكذا إذا ذهبت عينها عنده هلك أمانَة، كما لو وجد ذلك في يد الوكيل بالشراء قبل الحبس.

فإن طلبها الغاصب من المودع من غير أن يؤدي القيمة إلى المودع، كان للمودع حق الحبس، كما يكون للوكيل بالشراء، فإن هلكت بعد الحبس، هلكت بالقيمة بالإجماع.

وفي الوكيل بالشراء إذا حبس المبيع لاستيفاء الثمن، فهلك العين في يده، يهلك بالثمن عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يهلك هلاك الرهن، فيهلك بالأقل من قيمته ومن الثمن، وهنا الثمن والقيمة واحد، فلا يظهر الخلاف.

وإن ذهبت عينها عنده بعد الحبس، لم يكن مضمونا، كما لو ذهبت عين المبيع في يد الوكيل بالشراء بعد الحبس؛ لأن الفائت وصفٌ، والأوصاف لا يقابلها الثمن إذا فاتت بآفة سماوية، ولكن يتخير الغاصب، إن شاء أخذها، وأدّى جميع القيمة، وإن شاء ترك كما في الوكيل بالشراء.

ولو كان الغاصب آجرها، أو رهنها، فهو والوديعة سواء؛ لأنها أمانة في يدهما، ومنفعة العقد تعود إلى الآجر والراهن.

وإن أعارها من إنسان أو وهبها، فإن ضمن الغاصب كان الملك له، وإن ضمن

المستعير، أو الموهوب له، كان الملك لهما؛ لأنهما لا يستوجبان الرجوع على الغاصب، ومنفعة قبضهما تتمحّض لهما، فكانا عاملين لأنفسهما، فكان قرار الضمان عليهما، فيكون الملك لهما.

ولو كان مكانهما مشترٍ فضمن، سلمت الجارية له، وكذا لو كان مكان المشتري غاصب الغاصب، فإن ضمنَ الثاني ملك الجارية؛ لأنه لا يرجع على الأول، حتى لو كانت ذات رحم محرم من الأول لا تعتق.

وإن ضمن الأول، ملكها الأول حتى لو كانت ذات رحم محرم من الأول[1]، عتقت عليه، وإن كانت أجنبية، كان للأول إذا ضمنه المستحق أن يرجع على الثاني؛ لأن الأول[2] ملكها، فيصير الثاني غاصبًا ملك الأول، وللأول أن يرجع على الثاني بما ضمن قبل أن يودي ما عليه من الضمان[3].

وكذا لو أبرأه المستحق من القيمة بعد التضمين، أو وهبها له، كان للأول أن يرجع على الثاني، وهو بمنزلة من اشترى شيئا، وقبضه، ثم باعه [من غيره][4]، كان له أن يرجع على الثاني قبل أن يؤدي الثمن، فإن ضمن المستحق الغاصب الأول، ولم يرجع الأول على الثاني، حتى ظهرت الجارية، كانت ملكا للأول.

فإن قال الغاصب[5] الأول: أنا أرجع بالقيمة على الغاصب الثاني، وأسلم له

---

(١) وفي (ج) و (د) "منه".

(٢) وفي (ج) و (د): "لأنه" بسقوط "الأول".

(٣) كذا في الأصل، وجاء في (ج) و (د) "يرجع على الثاني إذا ضمن قبل أداء الضمان".

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٥) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).

الجارية، لم يكن له ذلك؛ لأن الثاني قدَر على ردّ العين، فلا يجوز تضمينه، وإن كان الغاصب الأول رجع على الغاصب الثاني[١] ثم ظهرت الجارية[٢]، فهي للغاصب[٣] الثاني؛ لأن الأول لما ضمن الثاني، فقد ملك الجارية[٤] منه بقضاء القاضي، وتحوّل حقه من ألفين إلى القيمة، فلا يتحوّل بعد ذلك إلى الجارية.

وأما فصل الكفالة:

رجل ادّعى جارية في يد رجل، وجحَد المدعى عليه[٥]، فكفل بها رجل للمدّعي بأمر المدّعى عليه، أو بغير أمره، جازت الكفالة؛ لأنها إن كانت غصبا، فهي كفالة بالمضمون، وإن كانت وديعةً [تصير][٦] مضمونة بالجحود، فتجوز الكفالة على كل حال.

فإن أحضرها الكفيل، وسلمها إلى المدّعي برئ عن الكفالة، وإن أخذها المدّعى عليه بعد ذلك واستردّها من المدعي[٧]؛ لأنه التزم التسليم بالكفالة، وقد سلم، وإن لم يحضرها الكفيل حتى أبقت، وأقام المدّعي بينة أنها له قبلت بينته[٨]، وإن كانت الجارية[٩]

---

(١) وفي جاء في (ج) و (د): "وإن رجع الأول على الثاني".

(٢) "الجارية" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "للغاصب" ساقط من (ج) و (د).

(٤) وفي (ج) و (د): "ملكها".

(٥) جاء في الأصل: "وجحد المدعى" والصحيح: "المدعي عليه". ولا تستقيم العبارة إلا بما أثبتناه.

(٦) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل، وثبوته أصح.

(٧) قوله: "واستردّها من المدعي" ساقط من (ج) و (د).

(٨) "بينته": ساقط من (ج) و (د).

(٩) "الجارية" ساقط من (ج) و (د).

غائبة؛ لأنها التحقت بالهالكة لتعذر إحضارها، وللمقضيّ له أن يأخذ بالقيمة أيّهما شاء المدّعى عليه، أو الكفيل؛ لأن الكفيل قام مقام المطلوب[1]، وله أن يطالبهما، وإن طالب أحدَهما، كان له أن يطالب الآخر.

فرّق بين هذا، وبين الغاصب مع غاصب الغاصب، إذا ضمن أحدهما برئ الآخر؛ لأن ضمان الغصب ضمان إتلاف المال حكما بإزالة اليد، وحكمه ثبوت الملك في المضمون، وبعد ما زالت يد المالك بالأول، لا يتصور إزالتها من الثاني.

وإنما يثبت له ولاية تضمين الثاني بطريق إقامة يد الأول مقامَ يد نفسه، وإذا قامت يد الأول مقام يد المالك، برئ الأول عن الضمان ضرورة.

أما الكفالة شُرعت للتوثّق بضمّ ذمّة الكفيل إلى ذمّة الأصيل تحقيقا لمعنى الكفالة، وهو الضمّ، وإذا صارت الذمتان في حق المطالبة كذمة واحدة، كان له أن يطالبهما، ولأن تضمين الكفيل لو أوجب براءة الأصيل يوجب براءة الكفيل، لأن براءة الأصيل يوجب براءة الكفيل، فإن أخذ القيمة من المدعى عليه[2] براءة الكفيل الأصيل، وكانت الجارية للمدّعى عليه بالقيمة، وإن أخذ القيمة من الكفيل برئ الأصيل.

ثم ينظر: فإن كانت الكفالة بأمر الأصيل، كانت ملكا للأصيل، لأن الكفيل يرجع على الأصيل بالقيمة التي ضمن، فكان قرار الضمان على الأصيل، وكان أداء الكفيل كأداء الأصيل، وإن كانت الكفالة بغير أمر الأصيل، كانت الجارية ملكا للكفيل؛ لأنه أدّى القيمة جبرا، ولا رجوع له على الأصيل، فكان قراراً للضمان عليه.

---

(١) في (ج) و (د): "لأنه قائم مقام المطلوب".

(٢) قوله: "يوجب براءة الكفيل. . . . إلى قوله: من المدعى عليه". ساقط من (ج) و (د).

بخلاف ما إذا قضى القاضي بالقيمة على المدّعى عليه، فتبرّع رجل بأداء القيمة، فإنها تكون للمدّعى عليه، ولا تكون للمتبرّع؛ لأن القاضي لما قضى عليه بالقيمة، وليس هناك أحدٌ سواه يطالب بالقيمة، فقد ملك الجارية منه من غير تردّد، فإذا تبرّع إنسان بأداء القيمة، لا يتحوّل الملك عنه إلى غيره، وصار أداء المتبرّع كأداء المقضيّ عليه.

أما قضى عليه بالقيمة على وجه يطالب به الأصيل وغيره، فكان قضاء بثبوت الملك في الجارية لمن يستقرّ عليه الضمان، فإن كانت الكفالة بأمر الأصيل لم يكن للكفيل أن يرجع بالقيمة على الأصيل ما لم يؤدّ القيمة بنفسه، ثم إذا طولب الكفيل، كان له أن يطالب الأصيل، وإذا لوزم يلازم، وإذا أدّى يرجع على الأصيل.

فرّق بين هذا وبين الوكيل بالشراء، ومودع الغاصب وغاصب الغاصب، فإنهم يرجعون قبل الأداء.

والفرق: أن في فصل الكفيل[1] للطالب أن يطالب الأصيل مع مطالبة الكفيل، فلو طالَبه الكفيل لاجتمعت المطالبتان من شخصين على واحد بالدين الواحد، وذلك ممتنع، أما في[2] مودَع الغاصب إذا اختار المستحق تضمين المودع، لا يبقى له ولاية مطالبة الغاصب.

وكذا إذا اختار تضمين الغاصب[3] الأول لا يبقى له ولاية تضمين الثاني، فلا يجتمع المطالبتان من شخصين على واحد بالدين الواحد.

---

(١) وفي (ج) و (د): "أن في الكفالة للطالب".

(٢) "في": ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "وكذا إذا ضمن الغاصب".

وكذلك في[1] الوكيل بالشراء، لا يملك البائع مطالبة الموكّل؛ لأن حقوق العقد[2] ترجع إلى العاقد، لا إلى الموكل، فلو رجع الوكيل على الموكل قبل الأداء، لا يؤدي إلى ما قلنا.

فإن قضى القاضي بالقيمة على المدّعى عليه، ثم ظهرت الجارية، لم يكن للمدّعي أن يأخذ الجارية[3]؛ لأنها زالت عن ملكه بقضاء القاضي بالقيمة.

فإن وهب الطالب القيمة للكفيل، رجع الكفيل على الأصيل إن كانت الكفالة بأمر الأصيل، وكانت الجارية للأصيل، وإن كانت الكفاية[4] بغير أمره، كانت الجارية للكفيل، وبرئ الأصيل، وإن أبرأ الكفيل، لا يرجع الكفيل على الأصيل، وكان[5] للمدّعي أن يطالب الأصيل بدَينه، لأن الهبة تمليك، ومجردّ المطالبة لا يقبل التمليك، إنما يقبله الدين.

فإذا وهب من الكفيل، ولا دين عليه، انتقل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمته، وانقلبت الكفالة حَوالةً مقتضى صحة الهبة.

ولو احتال بأمره، ولا دين عليه، فوهب المحتال[6] المال من المحتال عليه، رجع المحتال عليه على المحيل، فكذا إذا انقلبت الكفالة حوالةً، وصار هذا[7] كما لو أدى

(١) في (ج) و (د): "وكذا في".

(٢) في (ج) و (د): "لأن الحقوق ترجع".

(٣) في (ج) و (د): "يأخذها".

(٤) "الكفاية" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "كان" ساقط من (ج) و (د).

(٦) في (ج) و (د): "المحيل" مكان "المحتال".

(٧) "هذا" ساقط من (ج) و (د).

الكفيل، وملك ما في ذمته، يرجع على الأصيل، ويبرأ الأصيل عن دين الطالب، كذا هاهنا[1].

أما إبراء الكفيل إسقاط محض، ليس فيه معنى التمليك، ولهذا قلنا: إن الهبة من الكفيل ترتدّ بالردّ، وإبراء الكفيل لا يرتدّ بالردّ، وإذا كان إبراء الكفيل إسقاطا للمطالبة، وإخراجا للكفيل من الكفالة[2]، بقي الدين في ذمة الأصيل على حاله، ولا يكون للكفيل أن يرجع على الأصيل بشيء[3].

فرق بين إبراء الكفيل، وبين إبراء الوكيل بالشراء إذا أبرأ الوكيل، كان للوكيل أن يرجع[4] على الموكّل؛ لأن إبراءه الوكيل تمليك بمنزلة الهبة، ولهذا يرتدّ بالردّ، وإبراء الكفيل لا يرتدّ بالردّ.

ولو أبرأ الطالب الأصيلَ عن القيمة بعد ما قضى القاضي عليه بالقيمة، برئ الكفيل لأن براءة الأصيل وجب براءة الكفيل[5]، وتكون الجارية للأصيل؛ لأن القاضي قضى عليه بالقيمة، وتقرّر بالإبراء.

ولو أبرأهما جميعا[6] كانت الجارية للأصيل، سواء كانت الكفالة بأمر أو بغير أمرٍ، لأنها تملك بالضمان، وملك الضمان ثبت للأصيل، لما قلنا: إن إبراء الأصيل تمليك،

---

(١) وفي (ج) و (د): "كذا هنا".

(٢) وجاءت العبارة في (ج) و (د): "وإذا كان الإبراء إسقاطا، وإخراجا له من الكفالة".

(٣) وجاءت العبارة في (ج) و (د): "ولا يرجع الكفيل على الأصيل بشيء".

(٤) وفي (ج) و (د): "له أن يرجع".

(٥) في (ج) و (د): "برئ الكفيل لبراءة الأصيل".

(٦) "جميعاً": ساقط من (ج) و (د).

وإبراء الكفيل ليس بتمليك.

ولو لم يبرئ واحدا منهما حتى أدّى الكفيل القيمة، وثبت له حق الرجوع على الأصيل، فأراد الكفيل أن يحبس الجارية[1] عن الأصيل لاستيفاء القيمة، لم يكن له ذلك.

فرّق بين هذا وبين ما مرّ من فصل الوديعة وغيرها[2]، والفرق أن هاهنا[3] القيمة في ذمة الأصل بقضاء القاضي، وإنما ملكها الأصيل بسبب باشَره بنفسه، فلم يصر الكفيل بمنزلة الوكيل بالشراء.

أمّا في فصل[4] الوديعة عند اختيار المستحق تضمين المودع، لا تجب القيمة في ذمة الغاصب بقضاء القاضي، وإنما ثبت الملك للغاصب في الجارية بسبب باشره المودع، فكان المودع بمنزلة الوكيل بالشراء، فيملك حبس الجارية بالثمن.

فإن كانت الجارية ذات رحم محرم من الأصيل، فإن كانت الكفالة بأمر الأصيل، عتقت على كل حال؛ لأن[5] قرار الضمان على الأصيل، وإن كانت الكفالة[6] بغير أمره، فإن ضمن الأصيل عتقت، وإن ضمن الكفيل لا تعتق، لأنها مملوكة للكفيل[7] لقرار

---

(١) في (ج) و (د): "أن يحبسها".

(٢) في الأصل: "وغيره"، وهو خطأ.

(٣) في (ج) و (د): "هناك".

(٤) "فصل" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "أن" ساقط من (ج) و (د).

(٦) "الكفالة": ساقط من (ج) و (د).

(٧) في (ج) و (د): "مملوكة الكفيل".

الضمان عليه.

وإن كانت ذات رحم محرم من الكفيل، فإن كانت الكفالة بأمره لا تعتق بحال ما؛ لأن قرار الضمان على الأصيل، وإن كانت بغير أمر، فإن ضمن الكفيل عتقت لقرار الضمان عليه، وإن ضمن الأصيل لا تعتق.

وإن كانت ذات رحم محرم منهما عتقت؛ لأنها مملوكة للقريب قطعا، فإن كانت الكفالة بأمر، كان الولاء للأصيل؛ لأنها عتقت عليه، وإن كانت الكفالة[١] بغير أمر، فأيّهما ضمن كان الولاء له.

وهذا بخلاف ما إذا أوصى بأمة لإنسان[٢]، هي ذات رحم محرم من الموصى له، ومن وارث الميت أيضًا بأن ملك أمة، لها ابن حر من أبيه، ولها ابن حر[٣] آخر من رجل آخر، فأوصى لها لابنها[٤] الذي هو من الأخير، فمات الموصي عن ابن الأمة الذي هو أخوه لأمه، فإنها لا تعتق في الحال، حتى يردّ الوصيّة، أو [يقبلها][٥]، وإن كانت هي[٦] تخرج من الثلث؛ لأن الموصى له لا يملك الموصى به إلا بالقبول حقيقةً أو حكما، بأن مات قبل القبول، والوارث لا يملك أيضًا لمكان الوصية، فتبقى على ملك الميت إلى أن يردّ أو يقبل.

---

(١) "الكفالة" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "إذا أوصى لإنسان بأمة".

(٣) "حر": ساقط من (ج) و (د).

(٤) وفي (ج) و (د): "بابنها".

(٥) ما بين المعكوفتين أثبتناه من (ج) و (د) وفي الأصل "قبولها".

(٦) "هي" ساقط من (ج) و (د).

أما هنا القاضي لما قضى بالقيمة للمستحق، فقد أزال ملكه إلى أحدهما، فيعتق، ويتوقّف الولاء، إن استقرّ الملك للكفيل كان الولاء له، وإن استقرّ للأصيل كان الولاء له.

ثم فرّع على ما إذا كانت أجنبية، وكانت الكفالة بغير أمر، فقال:

إن أعتقها أحدهما لا تعتق ما لم يوجد الأداء، فإن أدّى الذي أعتقها عتقت لاستقرار الملك له بسبب سابق على الإعتاق، وهو قضاء القاضي[1] بالقيمة، كالتركة المستغرقة بالدين إذا أعتق الوارث منها عبدا، ثم سقط [الدين][2] بالإبراء أو نحو ذلك[3] ينفذ إعتاق الوارث[4]، فكذا هنا.

وإن أدّى غير المعتق لا تعتق؛ لأنها لم تصر ملكا للمعتق، وإن أعتقاها جميعاً[5] عتقت لوجود الإعتاق من المالك؛ لأن أحدهما مالك قطعا، وولاءها[6] موقوف، فأيّهما أدّى القيمة كان الولاء له، وإن أدّيا معًا كان الولاء بينهما، وإن أعتقاها، ثم أدى أحدهما نصف القيمة قبل الآخر، عتق عليه النصف، فإن أدّى الآخر النصفَ الآخر، عتق النصف الباقي عليه، ولا ضمان عليه، ولا سعاية في قول[7] أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن عنده

---

(١) في (ج) و (د) "وهو القضاء بالقيمة".

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٣) "ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "الوارث": ساقط من (ج) و (د).

(٥) "جميعاً": ساقط من (ج) و (د).

(٦) في (ج) و (د): "الولاء".

(٧) في (ج) و (د): "عند أبي حنيفة".

العتق يتجزأ، فكان حكمه حكم[1] عبدين اثنين أعتق أحدهما نصفه، ثم أعتق الآخر النصف الباقي.

وعند أبي يوسف ومحمد[2] رحمهما الله: إذا أدّى أحدهما النصف عتق كله من جهته، فيضمن للآخر نصف قيمته إن كان موسرا، ويسعى العبد إن كان معسرا؛ لأن عندهما العتق لا يتجزأ، فإذا أعتق النصف، على الأول عتق الكل.

وإن أعتقها المستحق بعد ما قضى القاضي له بالقيمة لم يجز؛ لأنها زالت عن ملكه، وإنما الجهالة في المتملّك، فلا يصح إعتاقه، كما لو[3] باع عبدا على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام، ثم أعتقه البائع كان باطلا.

ولو لم يعتقها أحد[4] حتى باعها الأصيل أو الكفيل بعد ما قضى القاضي[5] بالقيمة للمستحق، ثم أدّى البائع قيمتها نفذ بيعه؛ لأنه باع بعد تمام سبب الملك، وهو قضاء القاضي بالقيمة[6] فإذا ثبت الملك عند الأداء استند إلى وقت سببه وهو قضاء القاضي بالقيمة[7]، فيصير بائعًا ملك نفسه من وجه وذلك يكفي لنفاذ البيع[8]، [فينفذ][9]،

---

(١) في (ج) و (د): "فكان كعبدين".

(٢) في (ج) و (د): "عندهما".

(٣) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "كمن باع".

(٤) في (ج) و (د): "أحدهما".

(٥) "القاضي" ساقط من (ج) و (د).

(٦) العبارة في (ج) و (د): "وهو القضاء".

(٧) سقطت العبارة من قوله: "فإذا ثبت الملك". في (ج) و (د).

(٨) قوله: "وذلك يكفي لنفاذ البيع" ساقط من (ج) و (د).

كالتركة المستغرقة بالدين إذا باع الوارث منها شيئًا، ثم سقط دين الميت[1] بالإبراء ونحوه، ينفذ بيع الوارث[2].

وإن أدّى قيمتها[3] عن البائع بطل بيع [الوارث][4]؛ لأنها صارت ملكا لمن أدّى القيمة، وطَريان الملك الباتّ على الملك الموقوف، يبطل الموقوف.

ولو أعتقها أحدهما، ثم قتلها رجل خطأ، فإن أدّى المعتق القيمة كان على عاقلة القاتل قيمتها لورثة الجارية؛ لأنها قتلت خطأ، وهي متردّدة الحال بين أن تعتق إن أدّى المعتق القيمة، وبين أن لا تعتق إن أدّى غيره، فكانت كالمكاتبة.

والمكاتب إذا قتل خطأ كان على عاقلة القاتل قيمته، وإن قتل عن وفاء، ويظهر استناد العتق في حق المقتول، حتى يكون الواجب لورثة المقتول[5]، ولايظهر في حق القاتل[6] حتى تجب القيمة دون الدية، كذلك هنا.

وإن قتلها عمدا لا يجب القصاص لاشتباه الوليّ عند الجناية؛ لأنه إن أدى المعتق القيمة[7] فوليّها المعتق، وإن أدّى الآخر فوليها الآخر، واشتباه الوليّ وقت القتل يمنع

---

(٩) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(١) في (ج) و (د): "ثم سقط الدين".

(٢) "الوارث" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "وإن أدّى القيمة".

(٤) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٥) في (ج) و (د) "لورثته".

(٦) في (ج) و (د): "لا في حق القاتل". وما ثبت أولى.

(٧) في (ج) و (د) "لقيمة".

القصاص كالمكاتب إذا قتل عبدا عن وفاء، وله ورثة سوى المولى لا يجب القصاص، وتجب القيمة في مال القاتل في [ثلاث][1] سنين؛ لأن العاقلة لا تعقل عمدا كذلك[2].

ولو قتلها المعتق عمدا، أو خطأ، ثم أدى القيمة، كان عليه قيمتها لورثتها، ولا قصاص عليه؛ لأنه لما أدّى القيمة، ظهر أنه قتل ملك نفسه، وهو بمنزلة المكاتب، ومن قتل مكاتب نفسه عمدًا أو خطأ، لا يجب القصاص، وتجب القيمة في ماله في ثلاث سنين، كذلك هنا.

فإن كان وارثها المولى لا غير، لا يرثها المولى؛ لأنه قاتل، ويرثها أقرب العصبات إليه؛ لأنه لما لم يرِث يلتحق بالميت، فيكون ميراث المعتق[3] لأقرب عصَبة المعتق.

وإن لم يكن شيء مما قلنا، حتى وهب المستحق القيمة منهما جميعاً[4] بعد ما قضى القاضي[5] له بالقيمة، كانت الجارية لهما، لأن هبة القيمة توجب الملك لكل واحد منهما في الجارية على الانفراد، فعند الاجتماع تكون الاجارية[6] بينهما، كما لو أدّيا القيمة.

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "العاقلة لا تعقل العبد"، وهو خطأ.

(٣) "المعتق" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "جميعاً" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "القاضي" ساقط من (ج) و (د).

(٦) "الجارية" ساقط من (ج) و (د).

ثم عاد [محمد رحمه الله][1]: إلى فصل الغاصب: وغاصب الغاصب إذا أبقت الجارية[2] من يد الثاني، فأراد المالك أن يضمن كل واحد منهما نصف القيمة، أو يضمن أحدهما الثلثين، والآخر الثلث، أو يضمنهما أرباعا، كان له ذلك اعتبارا للبعض بالكل، وإن كان فيه تفريق الملك عليهما؛ لأن الملك في المغصوب شرط وتَبع، والخيار في التضمين إلى المالك، فتَبِعه الملك، ولا يخيّر الغاصب. ـ والله أعلم ـ

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٢) "الجارية" ساقط من (ج) و (د).

باب من غصب المدبّر المعروف
والعبد الذي يغرم قيمته بقول الغاصب

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن المدبّر يضمن بالغصب؛ لأنه مال متقوّم كالقنّ، ولا يملك بالضمان؛ لأنه لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك، بخلاف القنّ.

والثاني: أن المال الخبيث إذا استقرّ على ملكه يُتصدّق به، لما عرف.

وفي الباب فصلان: فصل في المدبر، وفصل في القن.

أما الأول: [قال محمد رحمه الله][1]:

رجل غصب مدبرا قيمته ألف درهم، فازدادت قيمته، فبلغت ألفي درهم، ثم غصبه آخر، فأبَق منه، فحضر المولى والغاصبان، كان له أن يضمن أيهما شاء.

أما الأول: فلأنه أزال يده من ماله، وأما الثاني: فلأنه فوّت عليه إمكان الأخذ من الأول، فكان له للمالك[2] أن يضمن بإقامة يد الأول مقام يد نفسه، فإن ضمن أحدهما برئ الأخر؛ لأن الواجب ضمان واحد، ولأنه لما اختار تضمين الثاني، فقد أقام يدَ الأول مقام يد نفسه، فبرئ الأول ضرورة.

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٢) في (ج)(د): "فكان له" بسقوط "للمالك".

وإن اختار تضمين الأول لم يجعل يد الأول يد نفسه، فلم يكن فعل الثاني إزالة ليده، فبرئ عن ضمانه، فإن اختار تضمين الأول ضمنه ألف درهم[1] قيمته يوم غصب الأول[2]؛ لأنه لم يغصب إلا ألفا.

وإن اختار تضمين الثاني ضمنه ألفي درهم قيمته يوم غصب الثاني[3]؛ لأنه اغتصب ألفي درهم[4]، فإن ضمن الأول ألف درهم، رجع الأول على الثاني بألفي درهم؛ لأنه لما ضمن الأول، فقد أقام الأول مقام نفسه في تضمين الثاني، وقد كان للمالك أن يضمن الثاني ألفي درهم، فيثبت ذلك للغاصب[5] الأول، ولأن الغصب إذا اتصل به التضمين يصير سببا من أسباب الملك[6]، والمدبر مال محلّ للملك، ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيعه نفذ قضاؤه[7].

ولو جمع بين مدبّر وقنّ، وباعهما صفقةً واحدة، جاز في القنّ، ولو لم يكن المدبر محلا للملك[8] والبيع أصلا، كان هذا ابتداء البيع في القن بحصته من الثمن، فوجب أن لا يجوز، كما لو جمع بين حر وعبد، وباعهما صفقة واحدة، لا يجوز البيع في القن،

(١) كذا في الأصل. وفي (ج) و (د): "ألفي درهم" والصواب ما ثبت في الأصل.

(٢) في (ج) و (د): "يوم غصبه".

(٣) في (ج) و (د): "يوم غصبه".

(٤) في (ج) و (د): "اغتصب ألفين".

(٥) في (ج) و (د): "للأول".

(٦) العبارة في (ج) و (د): "يصير سببا للملك".

(٧) في (ج) و (د) "ينفذ" بسقوط "قضاؤه".

(٨) جاءت العبارة في (ج) و (د): "فلولا أنه محل للملك". وما ثبت أولى.

وإذا كان المدبر[1] محلا للملك ينعقد غصبه عند التضمين[2] سببا للملك، فإذا لم يُفد الملك لمانع، وهو التدبير، يفيد في خلفه، وهو الضمان كشاهدي الكتابة إذا رجعا عن الشهادة بعد القضاء، وضمنهما المولى، كان لهما أن يرجعا على المكاتب ببدل الكتابة، ويقومان مقام المولى في ذلك[3]، وإن لم يملكا عين المكاتب.

فإذا أخذ الأول من الثاني ألفي درهم يصنع بألف من ذلك ما شاء؛ لأنه أدّى مثلها، كأنه اشترى بالضمان فتسلم له، والألف الثانية موقوفة، لا يلزمه التصدّق بها.

فرّق بين هذا وبين ما لو كان المغصوب قنا، فضمن الأول ألفا واحدا من الثاني ألفي درهم[4]، فإنه يسلم له أحد الألفين، يتصدق بالثانية.

ووجه الفرق[5]: أن في المدبر حق الغاصب الثاني عن القيمة التي دفعها إلى الأول[6] لم يبطل، فإن المدبّر لو عاد من الإباق يعود على ملك المولى، ويدفع القيمة التي أخذها من الغاصب الأول إليه، ويردّ الأول على الثاني ما أخذ منه، فلبقاء حق الغاصب في القيمة، قلنا بأنه لا يتصدق؛ لأنه لو تصدق يغرم مثلها للثاني، فيلزمه ضمان لم يلتزم[7]، أمّا في القنّ لو عاد من الإباق[8] يعود على ملك الغاصب الثاني، لا على ملك

(١) "المدبر": ساقط من (ج) و (د).

(٢) "عند التضمين" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "فيه".

(٤) في (ج) و (د): "ألفين".

(٥) في (ج) و (د): "والفرق".

(٦) "إلى الأول": ساقط من (ج) و (د).

(٧) في (ج) و (د): "لم يلتزمه".

المولى.

فإذا انقطع حقّ الغاصب الثاني عن القيمة، استقرّ ملك الأول، وأحد الألفين ربح حصل بسبب خبيث، فيلزمه التصدّق، كمن اشترى عبدا بألف يساوي ألفين، فقتل العبد[1]، واختار المشتري اتباع القاتل، وأخذ منه ألفي درهم، يتصدق بألف، لأنه ملك القيمة ملكا تامّا، وأحد الألفين ربح حصل في ضمان غيره، وهو البائع، فيلزمه التصدق، ويسلم له أحد الألفين؛ لأنه أدّى عوضها، كذلك هنا.

فإن عاد المدبر من الإباق، أخذه مولاه لأنه[2] لا يملك بسبب ما، فلا يملك بالغصب، ويردّ على الغاصب ما أخذ منه؛ لأنه أخذ الضمان بسبب إزالة اليد، فإذا عاد إلى يده، بطل الضمان لبطلان سببه، ويرجع الغاصب الثاني على الغاصب[3] الأول بألفي درهم، إن كان أدّى إليه ذلك لانتقاض سبب الضمان أيضًا، وليس لواحد من الغاصبين أن يحبس المدبّر عن المولى لأسترداد الضمان.

فرّق بينه وبين ما لو كان المغصوب قنا، وأخذ المولى القيمة بقول الغاصب، وعاد العبد من الإباق، كان للمولاه[4] أن يأخذ العبد، وللغاصب أن يحبسه لاسترداد الضمان.

ووجه الفرق[5] أن حقّ الحبس لا يثبت إلا في محله، ومحله ما هو محلٌ لثبوت

---

(٨) "من الإباق" ساقط من (ج) و (د).

(١) "العبد": ساقط من (ج) و (د).

(٢) "لأنه" ساقط من (ج) و (د)، وثبوته أصح.

(٣) "الغاصب" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د): "للمولى".

(٥) في (ج) و (د): "والفرق".

ملك اليد ابتداء، والمدبر لا يحتمل ذلك، ولهذا لا يجوز رهنه، أما القنّ محل لثبوت ملك اليد، ولهذا يصحّ رهنه.

فإن كان المولى اختار[1] تضمين الأول، وقضى القاضي له بالقيمة، فقبضها أو لم يقبض حتى عاد المدبر من الإباق إلى (يد)[2] الثاني، كان للمولى أن يأخذه لما قلنا[3]، فإن مات في يد الثاني قبل أن يطالبه المولى بالردّ، لم يكن للمولى أن يضمن الثاني، لأن الغاصب ما أحدث فيه سبب الضمان بعد ما عاد من الإباق، فلو ضمنه لَضمنه بالغصب الأول، وقد برئ الثاني عن المولى[4] حين اختار المولى تضمين الأول.

وكذا لو كان المولى[5] اختار تضمين الثاني أوّلا، ثم عاد من الإباق إلى يد الأول، ومات عنده، لم يكن للمولى[6] أن يضمّن الغاصب[7] الأول؛ لأنه برئ عن ضمان الغصب الأول، وبعد ما عاد من الإباق لم يحدث فيه سبب الضمان.

ولو كان المولى[8] اختار تضمين الأول، ثم ظهر المدبر في يد الثاني، فطالبه المولى

---

(١) في (ج) و (د): "فإن اختار المولى".

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٣) "لما قلنا" ساقط من (ج) و (د).

(٤) قوله: "الثاني عن المولى" ساقط من (ج) و (د).

(٥) قوله: "كان المولى": ساقط من (ج) و (د).

(٦) في (ج) و (د): "له".

(٧) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).

(٨) قوله: "كان المولى": ساقط من (ج) و (د).

بالردّ، فمنعه حتى مات، أو أبق ثانيا، فللمولى أن يردّ القيمة على الغاصب[١] الأول، ويضمن الثاني قيمته يوم المنع ألفي درهم؛ لأنه لما منعه من المولى بعد الطلب صار غاصبا غصبًا مبتدأ، فيضمن قيمته يوم المنع، لكن يردّ المولى القيمة على الغاصب الأول أولا، ثم يضمن الثاني، كيلا يجتمع البدلان عنده عن مبدل واحد.

وكذا لو لم يطالبه المولى بالردّ، ولم يمنعه حتى قتله الثاني خطأ، كان للمولى[٢] أن يردّ القيمة على الغاصب[٣] الأول، ويضمن عاقلة الثاني ألفي درهم في ثلاث سنين، لأنه جدّد سبب الضمان، فالبراءة عن ضمان الغصب الأول، لا توجب البراءة عن ضمان القتل.

وعن أبي يوسف: أنه ليس للمولى أن يضمن عاقلة القاتل، لأن من مذهبه أن الواجب بقتل العبد ضمان المال، فلا يكون على العاقلة، والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية؛ لأنه ضمان الآدميّ.

وإن أراد المولى أن يضمن الغاصب[٤] الثاني ألفي درهم في ماله لم يكن ذلك؛ لأن ذلك ضمان الغصب، وقد برئ عن ضمان الغصب[٥] بتضمين الأول، وإن أراد المولى أن يُرضيَ بالتضمين الأول، ويمسك القيمة التي أخذها من الأول، ولا يضمن عاقلة الثاني،

(١) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).
(٢) في (ج) و (د): "له".
(٣) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).
(٤) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).
(٥) في (ج) و (د): "عنه" بسقوط: "ضمان الغصب".

كان[1] له ذلك.

ولو أن المولى لم يضمن أحد الغاصبين[2] حتى قتله الغاصب[3] الثاني، ثم اختار المولى تضمين الأول، وهو لا يعلم بغصب الثاني ولا بقتله، صحّ تضمينه، وكان ذلك إبراء للثاني عن ضمان الغصب[4] والجناية؛ لما قلنا: إن تضمين أحدهما إبراء للآخر، والجهالة لا تمنع صحة الإبراء.

ألا ترى أنه لو أبرأ غريمه عن ما عليه، ولا يعلم بذلك، صحّت البراءة، وذكر في الرجوع عن الشهادات: إذا شهد شاهدان بالكتابة، وقضى القاضي بذلك، ثم رجعا، ولم يعلم المولى برجوعهما، حتى اتبع المكاتب ببدل الكتابة، كان ذلك إبراء للشاهدين عن الضمان، كذلك هنا.

ثم الغاصب الأول بالخيار، إن شاء ضمن الثاني قيمته ألفي درهم في ماله بالغصب، وإن شاء ضمن عاقلة الثاني بالقتل ألفي درهم في ثلاث سنين؛ لأن الملك ظهر في حق البدل، إن لم يظهر في نفس المدبر، وأيهما اختار بطل الآخر؛ لتعذر الجمع بين الضمانين.

وأما الفصل الثاني:

رجل غصب عبدا قنّا يساوي ألف درهم، فزادت قيمته في يده، فصار يساوي ألفي درهم، ثم غصبه آخر، فأبَق منه، ثم اختصموا إلى القاضي، فقال المولى: غصبه الأول

---

(١) "كان": ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "أحدهما".

(٣) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د): "عن الضمان".

وقيمته ألف، وغصبه الثاني وقيمته ألفان، وقال الغاصب الأول: لا، بل غصبته وقيمته خمسمائة، وزادت في يدي، فصار يساوي ألفي درهم، فغصبته، وصدّقه الثاني، فالقول قول المولى، وله الخيار، إن شاء ضمن الأول ألف درهم[1]، وإن شاء ضمن الثاني ألفي درهم[2].

أما له أن يضمن الثاني ألفي درهم[3]؛ لأنهم تصادقوا على أنّ الثاني غصبه وقيمته ألفان، وله أن يضمن الأول ألف درهم؛ لأن الأول[4] أقرّ بكون العبد في يده، وقيمته ألفان عند غصب الثاني، ويده يد ضمان وغصب، فما كان في يده يكون مضمونا عليه ما لم يثبت حدوثه، ولهذا لو ادّعى المولى أن قيمته كانت ألفي درهم عند غصب الأول، كان القول قوله، وإنما سقط أحد الألفين بإقراره، فبقي الآخر.

ونظير هذا: ما لو اشترى عبدين بألف، وقبضهما، فهلك أحدهما، ووجد الآخر معيبا، وهو يساوي ألف درهم، فأراد أن يردّه بعيب، فقال البائع: كانت قيمته يوم البيع خمسمائة، وانقسم الثمن عليه وعلى الهالك أثلاثا، وقال المشتري: لا، بل كانت قيمته يوم البيع ألفا، وانقسم الثمن عليه وعلى الهالك[5] نصفين، كان القول في ذلك[6] قول المشتري، ويجعل الحال دليلا على ما مضى كذلك هنا.

---

(١) في (ج) و (د): "ضمن الأول ألفا".

(٢) في (ج) و (د): "ألفين".

(٣) في (ج) و (د): "ألفين".

(٤) في (ج) و (د): "لأنه".

(٥) قوله: "عليه وعلى الهالك" ساقط من (ج) و (د)، وثبوته أصح.

(٦) "في ذلك": ساقط من (ج) و (د).

فإن ضمن الأول ألفا، رجع الأول على الثاني بألفي درهم؛ لأنه قام مقام المولى في تضمينه، فيضمنه ألفي درهم.

ولو قال الغاصب[1] الأول: غصبتُه أنا وقيمته خمسمائة، وغصبه منى الثاني وقيمته خمسمائة، وقال المولى: لا، بل غصبه الأول وقيمته ألف، فالقول في ذلك[2] قول الغاصبين؛ لأنهما ينكران[3] ثبوت يدهما، وقيامها على الزيادة على خمسمائة، فكان القول قولهما مع اليمين.

فإن اختار تضمين الأول، وحلفه على ما ادّعى، وأخذ منه خمسمائة درهم[4]، ثم ظهر العبد في يد الثاني، وقيمته ألفان، كان للمولى أن يردّ على الأول ما أخذ منه، ويأخذ العبد؛ لأنه [ظهر][5] أنه لم يرضَ بزوال العبد عن ملكه بخمسمائة، وإنما أخذ دون حقه لفقد الحجّة، فإذا ظهر العبد، وقيمته ألفان، فإذا[6] ظهر أنه لم يصل إليه كمال حقّه، فكان له الخيار، إن شاء رضى بتلك القيمة، وإن شاء ردّها، وأخذ العبد، كالمكره على البيع، والمشتري إذا وجد بالمبيع عيبا ونحوهما.

فإن أراد المولى أن يمسك الخمسمائة، ويرجع عليه بالفضل إلى تمام الألف، ليس له ذلك؛ لأنه قدر على الأصل، والقدرة على استرداد الأصل تمنع التضمين.

---

(١) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).

(٢) "في ذلك": ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "أنكرا".

(٤) "درهم" ساقط من (ج) و (د).

(٥) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٦) "فإذا": ساقط من (ج) و (د).

وإن أراد أن يردّ القيمة، ويأخذ العبد كان للغاصب أن يحبس العبد لاسترداد الضمان؛ لأنه دفع الضمان عوضًا عن ما يملك بالبيع، ويجوز رهنه، فيملك حبسه إلى أن يصل إليه الضمان، بخلاف المدبر.

فإن اختار أخذ العبد بمَحضر من الغاصب الأول، ولم يقبضه حتى قتله الثاني خطأ، كان المولى بالخيار[١]، إن شاء رجع على الأول بتمام الألف، وإن شاء رجع على عاقلة الثاني بألفي درهم في ثلاث سنين، لأنه لما اختار أخذ العبد بمحضر الأول، فقد نقض تمليك العبد بقيمته، ولم يقبضه حتى قتل، فكان له الخيار، إن شاء أمضى ذلك الفسخ، وإن شاء نقضه.

كما لو اشترى عبدا، وتقابضا، ثم تقايلا، ولم يتقابضا حتى قتل، كان للبائع الخيار، إن شاء أمضى [الإقالة][٢]، واتبع القاتل، وإن شاء نقض الإقالة، كذلك هنا.

فإن اختار المولى نقض الفسخ، عاد تمليك العبد بقيمته، وقد ظهر أن قيمته يوم الغصب الأول كانت ألفا، كما قال المولى، فيرجع عليه بتمام الألف، وإنما لا يرجع عليه[٣] بتمام الألف قبل القتل لقدرته على الأصل، فإذا قتل تعذّر الوصول إلى عبده، فيرجع بتمام القيمة، كما لو أقرّ الغاصب الأول أن قيمته كانت ألف يوم غصبه الأول، ولم يظهر العبد، كان له أن يضمنه تمام الألف، كذلك هنا.

---

(١) والعبارة في (ج) و (د): "يخيّر المولى".

(٢) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د)، وفي الأصل: "أمضى الخيار" وما أثبتناه أولي.

(٣) "عليه": ساقط من (ج) و (د).

وإن اختار المولى إمضاء ذلك[1] الفسخ، بقي القتل جنايةً على ملك المولى، فكان له أن يرجع على عاقلة القاتل بألفي درهم في ثلاث سنين، فإن أراد المولى أن يضمن الثاني ألفي درهم في ماله، ليس له ذلك؛ لأن ذلك[2] ضمان غصب، وقد أبرأه عن ضمان الغصب حين اختار تضمين الأول[3].

فإن نقض الفسخ، ورجع على الغاصب الأول بخمسمائة أخرى، كان[4] الأول بالخيار، إن شاء رجع على الثاني بقيمته يوم غصبه الثاني، كما اتفقا[5] عليه حالّة، وإن شاء رجع على عاقلته بألفي درهم في ثلاث سنين؛ لأن الأول ملكه بالضمان، فتَبيّن أن السببين حصلا من الثاني على ملك الأول، فيضمنه بأيّ السببين شاء.

ولو ظهر العبد عند الثاني، وقيمته ألفان، وقد كان المولى أخذ من الأول [شيئاً][6] بخمسمائة بقوله، فلم يختر المولى شيئا حتى قتله الغاصب[7] الثاني خطأ، أو قتله أجنبيّ خطأ، كان للمولى أن يأخذ من الغاصب[8] الأول تمام ألف درهم[9] على ما ادّعى، ليس

---

(١) "ذلك": ساقط من (ج) و (د).

(٢) "ذلك": ساقط من (ج) و (د).

(٣) العبارة في (ج) و (د): "وقد أبرأه عنه بتضمين الأول"، وما ثبت في الأصل أصح.

(٤) "كان": ساقط من (ج) و (د).

(٥) في (ج) و (د): "كما اتفقت".

(٦) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٧) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).

(٨) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).

(٩) في (ج) و (د): "تمام الأول". وهو خطأ.

له غير ذلك، حتى لو أراد أن يضمن عاقلة القاتل، لم يكن له ذلك.

فرّق بين هذا وبين ما تقدم، إذا اختار المولى أخذ العبد بمحضر من الغاصب[1] الأول، ولم يقبضه حتى قتله الثاني، كان للمولى أن يرجع على عاقلة القاتل، وهاهنا ليس له ذلك.

ووجه ذلك: أن الغاصب الأول ملك العبد بما أدّى من الضمان بزعمه ملكا فاسدا، بمنزلة المشتري من المكره، كان لمولاه[2] حق النقض، فإذا لم ينقض حتى قتل، تعذّر نقض الملك[3] لفوات محله، فبقى حقه في القيمة، وقد ظهر أن قيمته يوم الغصب الأول[4] كانت ألفا، كما قال المولى، فيرجع عليه بتمام الألف، فبقي القتل حاصلا على ملك الغاصب[5] الأول، فلا يكون للمولى أن يرجع على عاقلة القاتل، وهو كما لو باع عبدا بيعا فاسدا، وسلّم، فقتل العبد أو مات يبطل حق النقض، وكان حق البائع في قيمته على المشتري[6]، ولا سبيل له على العاقلة، كذلك هنا.

أما فيما تقدم: لما اختار المولى أخذ العبد بمحضر من الغاصب[7] الأول، فقد نقض الملك الفاسد، وعاد العبد إلى ملك المولى، فإذا لم يقبضه حتى قتل، كان له الخيار على

---

(١) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "كان للمولى".

(٣) في (ج) و (د): "تعذر النقض".

(٤) "الأول": ساقط من (ج) و (د).

(٥) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).

(٦) العبارة في (ج) و (د): "وتقرّر حق البائع في قيمته".

(٧) "الغاصب": ساقط من (ج) و (د).

الوجه الذي ذكرنا.

والعبد[1] القنّ في هذا يفارق المدبر، فالمدبر إذا قتل، كان لمولاه[2] أن يضمن العاقلة على كل حال؛ لأن المدبر باقٍ على ملك المولى، فكان القتل حاصلا على ملكه.

ألا ترى أن الغاصب الأول، لو أعتق القنّ بعد ظهوره قبل الفسخ، جاز عتقه، وفي المدبر لا يجوز.

وأمّ الولد عند أبي يوسف ومحمد رحمة الله عليهما بمنزلة المدبر تضمن بالغصب، وعند أبي حنيفة رحمه الله لا تضمن؛ لأنها غير متقوّمة عنده، والمسألة معروفة.

ـ والله أعلم ـ

تم كتاب الغصب[3]

(١) "العبد": ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "فالمدبر إذا قتله، للمولى أن يضمن".

(٣) لم تثبت هذه العبارة في (ج) و (د).

كتاب الجنايات

باب من الجناية التي يدعي فيها الوليّ الخطأ أو العمد فيجب له[1] الأرش

بنى الباب على أصول:

منها: أن القصاص إذا تعذّر استيفاءه لمعنىً من جهة الوليّ، لا يجب شيء[2]، وإذا تعذّر لمعنىً من جهة القاتل يصار إلى الدية؛ لأن القياس يأبى وجوب المال بمقابلة النفس لفقدان المماثلة.[3]

وإنما عرفنا وجوب الدية نصّا في فصل الخطأ، والخطأ معنى من جهة القاتل، فما كان في معناه كان ملحقا به[4]، وما لا فلا.

ومنها: أن القصاص إذا لم يتعلّق بفعل أحد الشريكين، كان كالخاطئ مع العامد لا يتعلق بفعل الآخر لمكان الشبهة[5].

---

(١) "له" ساقط من (ج) و (د).

(٢) الجوهرة النيرة شرح القدوري ٢/ ١٥٥-١٥٦.

(٣) «المبسوط» ٢٧/ ٢٨.

(٤) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٤٤٣.

(٥) «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٤٤٥.

ومنها: أن الدية وكلّ جزء منها إذا وجبَت على العاقلة، أو في مال القاتل تجب في ثلاث سنين؛ لأن عمر رضى الله عنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين[1]، وكان ذلك بمَحضر من الصحابة، فكان إجماعا، وإنما يجب على كل واحد منهم جزءها[2].

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: وليّ القتيل إذا قال لرجلين: أنتما قتلتماه[3] معمّدا بحديدتين، فصدّقه أحدهما، وقال الآخر: أنا ضربته بالعصا، وكان ضربي إياه خطأ، فللوليّ عليهما الدية في مالهما في ثلاث سنين[4]؛ لأنه لما ادّعي أحدالقائلين[5] الخطأ تعذّر استيفاء القصاص منه بدعواه الخطأ، وقد تصادقوا على الشركة، فإذا لم يتعلق بفعل أحدهما القصاص لا يتعلق بفعل الآخر، كالخاطئ مع العامد، ويجب الدية في

---

(١) أثر عمر رضي الله عنه، أخرجه ابن ابي شيبة في مصنفه بسنده عن الشعبي، وعن ابراهيم، قالا: "أول من فرض العطاء عمر بن الخطاب، وفرض فيه الدية كاملة في ثلاث سنين، ثلثا الدية في سنتين، والنصف في سنتين، والثلث في سنة، وما دون ذلك في عامه"، ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» عن ابن جريج قال: أخبرت عن أبي وائل أن عمر ابن الخطاب جعل الدية كاملة في ثلاث سنين، وأسنده عن الشعبي وعن مكحول كلاهما: أن عمر ... الأثر، انظر نصب الراية ٤/ ٣٣٤، وقال الإمام الترمذي في جامعه: "وقد أجمع أهل العلم على أن الدية تؤخذ في ثلاث سنين، كل سنة ثلث الدية". ٤/ ١١.

(٢) قال المرغيناني: "والتقدير بثلاث سنين مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم، ومحكي عن عمر رضي الله عنه" انظر "الهداية" مع فتح القدير ١٠/ ٤٢٤، «الفتاوى الهندية» ٦/ ٢٤، «بدائع الصنائع» ٧/ ٢٥٦، «المبسوط» ٢٧/ ١٢٧.

(٣) في (ج) و (د): "قتلتما".

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٩.

(٥) في (ج) و (د): "احدهما".

مالهما[1]؛ لأن القتل ثبت بالإقرار، فلا تجب على العاقلة.

وذكر في "الديات"[2]: إذا ادّعي الوليّ العمد، فأقرّ القاتل بالخطأ، في القياس لا يجب شيء، وهو قول زفر[3]، ورواية أخرى عن أبي حنيفة، وفي الاستحسان تجب الدية[4]، ولم يذكر القياس والاستحسان ههنا.[5]

وجه القياس: أن ما ادعاه الوليّ أنكره القاتل، وما أقرّ به القاتل أنكره الوليّ، فلا يجب شيء، كما لو ادّعي الوليّ الخطأ، فأقرّ القاتل بالعمد[6].

وجه الاستحسان: أن دعواه العمدَ لا يمنع دعوى المال، لأن القصاص ينقلب مالا، فمن حجته أن يقول: كان حقّي في القصاص لكن لمّا أقررت بالخطأ، والتزمت المال، فلي أن أساعد على ذلك، وآخذ منك الدية[7].

---

(١) الفتاوى الخانية بهامش «الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٥٠.

(٢) أي الديات من «كتاب الأصل» للإمام محمد رحمه الله.

(٣) وحجته في ذلك أن الولي في دعواه ادّعى القود، والجاني منكر للقود، فسقط القود ما لم تقم البينة، ولا بينة، والجاني في إقراره بالخطأ أقرّ بالمال، والولي يكذبه في هذا الإقرار، فلا يلزم المقر بإقراره. انظر «المبسوط» ٢٦/ ١٠٣.

(٤) الفتاوى الخانية ٣/ ٤٤٥، «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٩.

(٥) في (ج) و (د): "هنا".

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٩.

(٧) إن الولي يتمكّن من أخذ المال الذي أقرّ له به القاتل، على الرغم من إصراره على دعواه، وذلك لإمكان التوفيق، بأن يقول: حقي في القصاص، ولكن طُلب مني أن آخذ المال عوضا عن القصاص، وذلك جائز. انظر «المبسوط» ٢٦/ ١٠٣.

كما لو ادّعي على رجل بيعا، فأنكر البائع البيع[1]، ثم صدّقه يصحّ تصديقه؛ لأن من حجة البائع أن يقول: لا بيع بيننا لكن لما أقررت بالبيع، والتزمت الثمن ساعدتك على ذلك، فكان بيعا مستقبلا، كذلك هنا.

بخلاف ما لو ادّعي الوليّ الخطأ، فأقرّ القاتل بالعمد[2]؛ لأن دعواه الخطأ يمنع دعوى القصاص، فإن المال لا ينقلب قصاصًا، و[3]لا يمكنه أن يقول: "كان حقي في الدية"[4]، لكن لما أقررت الدية[5] بالقصاص، فلي أن أساعدك على ذلك.

ولو كان الوليّ ادّعي الخطأ عليهما، فأقرّ أحدهما بالخطأ[6]، والآخر بالعمد، فكذلك يقضى بالدية في مالهما[7].

فإن قيل: إذا ادّعي الوليّ الخطأ، لا يمكنه استيفاء القصاص، وإن أقرّ بالعمد، فلم كان إحالة امتناع القصاص إلى إقرار القاتل بالخطأ أولى من إحالته إلى دعوى الوليّ، قلنا: لأن الحكم يضاف إلى الحجّة ثبوتا وامتناعا، والحجة إقرار القاتل، لا دعوى الوليّ،

---

(١) "البيع" ساقط من (ج) و (د).

(٢) ففي هذه الحالة لايمكنه أن يستوفي القصاص مع إصراره على الدعوى، لأن استيفاء القصاص عوضا عن المال لايجوز. راجع «المبسوط» ٢٦/ ١٠٣، والفتاوى الخانية بهامش «الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٤٥.

(٣) الواو زيادة من (ج).

(٤) في (ج): "المال" مكان "الدية".

(٥) "الدية" ساقط من (ج) و (د).

(٦) في (ج) و (د): "فأقرّ به أحدهما".

(٧) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٩.

فلهذا أضيف إلى إقرار القاتل.

ولو ادّعي الوليّ العمد عليهما، فصدّقه أحدهما في ذلك[1]، وأنكر الآخر القتل أصلا، كان للوالي[2] أن يقتل المقرّ[3]؛ لأنهما تصادقا على وجوب القصاص عليه، وإنكار الآخر لم يصر شبهة؛ لأن إنكاره لا يمنع وجود القتل من غيره.

فإن كان الولي ادّعي[4] الخطأ عليهما، فأقرّ أحدهما بالعمد، وجحد الآخر القتل أصلا، لا شيء على المقرّ[5]؛ لأنه لولا دعواه الخطأ عليهما، كان له القصاص على الذي أقرّ بالعمد[6]، وإنكار الآخر لا يورث شبهة، فإنما امتنع القصاص بدعوى الوليّ الخطأ، فلا يقضى بالدية[7].

وإن قال أحدهما: قتلته أنا وفلان عمدا بالحديد، فقال الوليّ: "قتلتَه وحدك"، وقال فلان: "قتلته[8] أنا والمقرّ خطأ"، له أن يقتل المقرّ بالعمد[9]؛ لأنهما تصادقا على وجوب القصاص عليه، وشركة الآخر لم تثبت عند إنكار الوليّ، فلم تثبت الشبهة.

---

(١) "في ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "له". مكان "كان للوالي".

(٣) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٩.

(٤) في (ج) و (د): "وإن ادعى الوليّ".

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٩.

(٦) في (ج) و (د): "على المقرّ".

(٧) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٩.

(٨) في (ج): "قتله" والصواب ما أثبت.

(٩) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٩.

رجل قطعت يده ورجله، ومات من ذلك، فقال رجل: أنا قطعت يده عمدا، وقطع فلان رجله عمدا، ومات من جميع ذلك، وقال الوليّ: لا، بل أنت قطعت يده ورجله عمدا، ومات، كان له أن يقتل المقر[1]؛ لأنهما اتفقا على وجوب القصاص عليه، ولم تثبت الشبهة في ذلك.

وإن قال الوليّ: بلى! أنت قطعت يده، ولا أدري من قطع رجله، لم يكن [له][2] على المقرّ شيء[3]؛ لأن الوليّ لما جهل قاطع الرجل، واحتمل أن يكون قاطع الرجل صبيّا، أو مجنونا، أو رجلا لا يجب عليه القصاص، صار ذلك شبهة في حق المقرّ، وقد ذكرنا أن القصاص إذا[4] سقط بمعنى من جهة المقر[5] لا يجب شيء.

فإن قال الوليّ بعد ذلك: إن فلانا قطع رجله معك عمدا، وفلان من أهل أن يجب عليه القصاص إلا أنه ينكر، كان له أن يقتل المقرّ؛ لأنه يدّعي القوَد عليهما، وصدّقه فيه أحدهما، والآخر يجحد، فله أن يقتل المقر[6]، وإنما صح بيانه بعد الإبهام؛ لأن الوليّ قد يشتبه عليه القاتل، ثم يظهره، أو ينسى شيئا بعارض عقله، ثم يتذكّر[7]، فلا يكون متناقضا.

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٢٠.

(٢) "له" زيادة من (ج) و (د).

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٢٠.

(٤) في (ج) و (د): "متى".

(٥) في (ج) و (د): "الولي".

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٩.

(٧) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٢٠.

قال: هذا إذا بيّن قبل أن يقضي القاضي ببطلان حقه، فإن رفع الأمر إلى القاضي[1] قضى ببطلان حق الولي[2] لايعود حقه بعد ذلك[3]؛ لأن القاضي أبطل حقه حالَ قيام ولاية الإبطال فيبطل[4]، كما لو فسخ البيعَ بإباق العبد قبل القبض، ثم عاد العبد من الإباق، فإنه لا يعود البيع؛ لأنه أبطل البيع حال قيام الولاية، كذلك ههنا.

ـ والله أعلم ـ[5]

(١) قوله: "فإن رفع الأمر إلى القاضي" ساقط من (ج)، وفيه: "أما إذا قضى".

(٢) "الولي" ساقط من (ج) و (د).

(٣) العبارة في (ج) و (د): "ببطلان حقه في القود لايعود أبدا".

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٢٠.

(٥) "والله اعلم" ساقط من (ج) و (د).

باب ما يجب فيه القود وما لا يجب من قطع المفاصل من الإصبع وغيرها

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن[1] وجوب القصاص في الأطراف يعتمد التكافؤ والتساوي[2]، حتى لا تقطع الصحيحة بالشَّلاء[3]، ولا يد الرجل بيد المرأة، ولا اليدان بيد واحدة؛ لأن الأطراف لها حكم الأموال؛ لأنهما خلقت وقاية للنفس[4].

ولهذا كان للوصيّ استيفاء القصاص في الطرف، ويستوفى في الحرم وغير ذلك، ولا يجب القصاص في كسر[5] العظم لتعذّر المساواة فيه، ويجب القصاص في الأسنان

---

(١) "أن" ساقط من (ج) و (د).

(٢) قال ابن الهمام في تفسير قوله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾: هو ينبئ عن المماثلة، فكل ماأمكن رعايتها فيه، يجب فيها القصاص، وما لا فلا. انظر فتح القدير ١٠/ ٢٥٦-٢٥٧ "و«بدائع الصنائع» ٧/ ٢٩٦ و «المبسوط» ٢٦/ ٧٠. و" الهداية" ٤/ ٥٥٣. و

(٣) شَلّت اليدُ، شَلَلاً، من باب سمع، إذا فسدت عُروقها فبطلت حركتها، ورجلٌ أشلّ، وامرأة شلّاء، وعينٌ شلاء: هي التي فسدت بذهاب بصرها. «المصباح المنير» ١/ ٣٢١، مادة: شلل.

(٤) «فتح القدير» ١٠/ ٢٥٨-٢٥٩ والفتاوى الخانية بها مش «الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٣٣. و «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٢.

(٥) انظر: "الهداية" ٤/ ٥٥٤، و«المبسوط» ٢٦/ ٨٠، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٢٩٨-٢٩٩.

لإمكان المساواة فيه، وقيل بأن السنّ عصب[1].

وأصل آخر: أن المعتبر في الجنايات مآلها، لا حالها؛ لاختلاف الأحكام بسرايتها ومآلها، فإذا لم يتخلّل البُرء بين الجنايتين كانت جناية واحدة؛ لأن حكم الأولى لا يَثبت قبل البُرء، فكانت الثانية متمّمة، وإن تخلّل بينهما برء، كانت كل واحدة جناية على حدة[2]؛ لأن الأولى انتهت بالبرء، واستقرّ حكمها، فلا يمكن جعل الثانية متمّمة للأولى، فتجعل جناية على حدة، كما لو حصلت الجناية الثانية على شخص آخر، واختلف محل الجناية باختلاف الشخص.

إذا عرفنا هذا الجملة[3]، قال محمد رحمه الله: رجل قطع المفصَل الأعلى عمدا من إصبع رجل، فبرأ من ذلك، ولم يقتصّ حتى عاد القاطع، وقطع المفصل الثاني من تلك الإصبع عمدا، ثم رفع إلى الإمام بعد ما برأ، فإنه يقضي على القاطع بالقصاص في المفصل الأعلى، وبالأرش في المفصل الثاني.[4]

أما القصاص في الأعلى؛ لأنه حين قطع المفصل الأعلى كان إصبع كل واحد منهما كاملا، فيجب القصاص لوجود شرطه، وهو التساوي، ولا يجب القصاص في الثاني؛ لأنه حين قطع المفصل الثاني كانت إصبع القاطع صحيحة، وإصبع المقطوعة إصبعه ناقصة

(١) «بدائع الصنائع» ٧/٣٠٨.

(٢) «الجوهرة النيرة» شرح مختصر القدوري، طبع مير محمد كتبخانه، كراتشي، ٢/ ١٧٣.

(٣) "الجملة" ساقط من (ج) و (د).

(٤) راجع المبسوط ٢٦/٨٣. و "الهداية" ٤/٥٥٨، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٣٠٠ـ ٣٠١، «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٤.

بمفصل، فلا يجب القصاص لفقدان شرطه، ويجب الأرش[1].

ولا يقال: بأن المفصل الأعلى من إصبع القاطع كانت مستحقة بالجناية الأولى وقت الجناية الثانية، والمستحق كالفائت حقيقة[2]، فتحققت المساواة؛ لأنا نقول: المستحق قائم حقيقة، وإنما يتحقق الفوات عند الاستيفاء[3]، فيلحق بالفائت، والذاهب فيما يغلب استيفاءه، والغالب في القصاص هو[4] العفو دون الاستيفاء، فلا يلحق المستحق بالفائت.

ألا ترى أن رجلا لو قطع إصبع القاطع بعد وجوب القصاص يجب القصاص على الثاني، ولو كان المستحق كالفائت لا يجب القصاص على الثاني.

ثم استشهد في الكتاب، فقال: ألا ترى أن هذا القاطع لو قطع المفصل الأسفل من إصبع رجل آخر هو مقطوع المفصل الأعلى، كان عليه الأرش للثاني، ولا يجب القصاص[5]، لعدم المساواة بينهما، وإن كان المفصل الأعلى من القاطع مستحقا للأول.

ثم سأل في الكتاب على نفسه سؤالا، فقال في مسألة الاستشهاد: "الجنايتان حصلتا على شخصين مختلفين، وفي مسألة الكتاب الجنايتان حصلتا على شخص[6]

---

(١) «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٠١-٣٠٢.

(٢) حقيقة ساقط من (ج) و (د).

(٣) «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٠٢.

(٤) "هو" ساقط من (ج) و (د).

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٣.

(٦) في (ج) و (د): "على واحد".

واحد، ومستحقها واحد"، ثم أجاب عن هذا[1] فقال: "لا فرق بين الواحد والاثنين".

قال: ألا ترى أن رجلا لو قطع المفصل الأعلى من إصبع رجل، فبرأ، ولم يقتصّ حتى مات المقطوعة إصبعه، فورثه رجل هو مقطوع المفصل الأعلى من تلك الإصبع، فجاء القاطع، وقطع المفصل الأسفل من إصبع الوارث، كان للوارث أن يقطع المفصل الأعلى بالميراث عن أبيه[2]، وليس له أن يقطع المفصل الأسفل قصاصا لنفسه لما بينا[3]، وإن كان مستحق الجنايتين واحدا، كذا ههنا[4].

ولو قطع المفصل الأعلى من إصبع رجل، فبرأ، واقتصّ، ثم جاء القاطع الأول، وقطع المفصل الأسفل من إصبع الأول، فإنه يُقتصّ منه[5]؛ لأن إصبع كل واحد منهما عند الجناية الثانية ناقصة بمفصل، وأرشها واحد.

بخلاف ذراع لا كفّ له حيث لا يقطع بذراع مثله[6]، لأن أرش الذراع غير مقدّر، بل فيه حكومة عدل، وأرش المفاصل مقدّر.

ولو قطع المفصل الأعلى من إصبع رجل، فلم يبرأ حتى عاد، فقطع المفصل الثاني

(١) "عن هذا" ساقط من (ج) و (د).

(٢) راجع «المبسوط» ٧/ ٤٤.

(٣) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٤.

(٤) في(ج) و (د): "كذا هذا".

(٥) انظر: «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٠٢، و«الفتاوى الهندية» ٦/ ١٤.

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٣.

من إصبعه، فبرأ، كان عليه القصاص بقطع إصبعه من المفصل الأسفل[1]، لأنه إذا لم يتخلّل بين الجنايتين بُرء، وكان الثاني متمّما للأول، فكانه قطع الكلّ بضربة واحدة.

وهذه المسألة حجة لهما على أبي حنيفة فيمن قطع يدَ إنسان عمدا، ثم قتله عمدا، [عنده][2] للوليّ أن يقطع يده ثم يقتله، وعندهما يقتله، ولا يقطع[3].

قيل: ما ذكر هنا قولهما، لا قول أبي حنيفة، وإن كان قول الكل، فالعذر لأبي حنيفة أن في مسألة القتل لو ميّزنا بين الجنايتين أمكن إيجاب القصاص فيهما، فميّزنا تشديدا وتغليظا على الجاني.

وهُنا لو ميّزنا بين الجنايتين لا يجب القصاص في الثانية، فجعلنا الثانية جناية واحدة تشديدا وتغليظا.

رجل قطع نصف المفصل من إصبع رجل، وكسر العظم كسرا، فبرأ، ثم قطع الباقي من المفصل، وبرأ، لا قصاص عليه[4].

أما في الجناية الأولى، فلأنها كسر العظم، وقد ذكرنا أن القصاص[5] لا يجب في كسر العظم[6]، وأما في الثانية؛ فلأن إصبعه صارت بالأولى شلاّ، فانعدمت المساواة

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٠٢، و«الفتاوى الهندية» ٦/ ١٤.

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٣) انظر «الهداية» للمرغيناني، ٤/ ٥٥٩، و «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٥.

(٤) انظر: «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٠٢، و«الفتاوى الهندية» ٦/ ١٤.

(٥) العبارة في (ج) و (د): "أن في كسر العظم لا يجب القصاص".

(٦) لأن اعتبار المماثلة فيه متعذر، لاحتمال الزيادة والنقصان. انظر «فتح القدير» ١٠/ ١٥٧.

بينهما عند الثانية .

فإن قطع الثاني من المفصل قبل البرء، وجب القصاص[1]؛ لأنه إذا لم يتخلل البُرء كانتا جناية واحدة، فكأنه قطع المفصل بضربة واحدة.

وإن قطع المفصل أولا، ثم كسر العظم بعد ذلك، إن تخلّل بينهما بُرء، كان في الأولى قصاص[2]؛ لأنه قطع، وقد وجدت المساواة بينهما، وفي الثانية حكومة عدل؛ لأنه كسر.

وإن لم يتخلّل البُرء، لا قصاص أصلا[3]؛ لأن الجناية تمّت بكسر العظم.

وكذا لو ضرب رجلا ضربةً، وقطع أصابعه، ثم عاد قبل البرء، وقطع الكف من المفصل، قطعت كفه من المفصل[4].

ولو قطع الأصابع فبرأ، ثم قطع الكف، يجب القصاص في الأصابع، وفي الكف حكومة عدل[5].

وكذا لو قطع الأصابع خطأ[6][7]، فبرأت، ثم قطع الكف خطأ، كان في الأصابع

(١) انظر: «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٠٢، و«الفتاوى الهندية» ٦/ ١٤ .

(٢) انظر المرجع السابق.

(٣) كذا في «الفتاوى الهندية» نقلا عن المحيط، ٦/ ١٤ .

(٤) انظر «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٠١ .

(٥) راجع للتفصيل " الهدايه"، ٤/ ٥٥٨ .

(٦) راجع «بدائع الصنائع» للكاساني ٧/ ٣٠١، «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٤

(٧) نقلا عن: المحيط.

دية اليد، وفي الكف حكومة عدل، ولو لم يتخلّل بينهما بُرء يجب دية اليد لا غير.

وكذا لو قطع الحشفة خطأ، ثم قطع الباقي، إن لم يتخلّل بينهما برء يجب دية كاملة، وإن تخلل بينهما بُرء[١] يجب في الحشفة الدية، وفي الباقي حكومة عدل[٢].

وكذا لو[٣] شجّ رجلا موضحة خطأ، فلم يبرأ حتى شجّه أخرى، ثم شجّه[٤] أخرى، حتى شجّه تمام[٥] عشرين موضحة، ثم برأت، كان على عاقلته دية كاملة في ثلاث سنين؛ لأن دية الكل وجبت في حالة واحدة، فيجب في ثلاث سنين.

ولو كان كلّما شجّه شجةً برأت، كان على العاقلة دية كاملة في سنة واحدة[٦]؛ لأن عند تخلّل البُرء يعتبر كل شجّة جناية على حدة، ويستقرّ حكمها عند وجودها، فيجب بكل موضحة خمسمائة في تلك السنة؛ لأن[٧] ما دون ثلث الدية يجب في سنة واحدة، فلهذا كان على العاقلة دية كاملة في سنة واحدة[٨].

وكذا لو شجّ رجلا موضحة عمدا، فلم يبرأ حتى ضربه ضربةً أخرى، فجعلها

---

(١) قوله: "بينهما برء" ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٠٨، «الهداية» ٤/ ٥٥٥، «الفتاوى الهندية» ٦/ ٢٧-٢٨.

(٣) راجع المرجع السابق، و«الفتاوى الهندية» ٦/ ٢٩.

(٤) "شجّه" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "تمام" ساقط من (ج) و (د).

(٦) "واحدة" ساقط من (ج) و (د).

(٧) في (ج) و (د): "لأن".

(٨) انظر أنواع الشجاج وأحكامه في "المبسوط" ٢٦/ ٧٤ و «الفتاوى الهندية» ٧/ ٢٩.

منقّلة: وهي التي تنقل العظم، كان عليه أرش المنقّلة[1]، ولا شيء في الموضحة؛ لأن الجنايتين صارتا جناية واحدة، وهي المنقّلة، وإن تخلل البرء كان عليه القصاص في الموضحة[2].

وفي المنقّلة الحاصلة بالضربة الثانية حكومة عدل.

ذكر هذه المسائل لبيان أن الجنايات إذا لم يتخلّل بينهن بُرء، كانت جناية واحدة، وإن تخلّل بينهن برء يعتبر كل جناية على حدة[3]

. والله اعلم.[4]

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٧/ ٢٩.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٢٩/٦.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٥.

(٤) "والله اعلم" ساقط من (ج) و (د).

باب جناية أمّ الولد على مولاها وعلى غيره من العمد الذي يجب فيه القصاص وما لا يجب فيه قصاص والمدبّر والقنّ والعُقر في ذلك

بنى الباب على أصول:

أحدها: ما تقدّم أن القصاص إذا تعذّر استيفاءه لمعنى من قِبل مَن له الحق، لا ينقلب مالاً، وإن تعذّر لمعنى مِن غيره ينقلب مالا.[1]

والثاني: أن جناية المملوك على مولاه يعتبر إن كان موجبا للقصاص، وإلا فلا؛ لأن اعتبار ما يوجب القصاص يوجب حقاً لم يكن، وهو إباحة الدم؛ لأن المملوك في حق الدم مبقى على أصل الحرية[2]، واعتبار ما لا يوجب القصاص لا يوجب إلا ما كان ثابتا، وهو استحقاق الرقبة، فلا يعتبر.

والثالث: أن جناية المملوك إذا ترادَفت، ودفع بها، عند أبي حنيفة رحمه الله[3] يقسم الجاني بين أولياء الجناية بطريق العَول[4] والمضاربة، وعند صاحبيه[5] بطريق

(١) «الجوهرة النيرة» شرح القدوري ٢/ ١٥٥-١٥٦

(٢) «المبسوط» ٢٧/ ٧٤ وشرح «فتح القدير» ١٠/ ٣٨٦.

(٣) "رحمه الله" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "العَول": الارتفاع، وقد عالت أي ارتفعت، وفي الاصطلاح: هو زيادة في سهام المسألة ونقص في مقاديرها، وقيل: مأخوذ من الميل، وذلك أن الفريضة إذا عالت فهي تميل على أهل

المنازعة.[1]

والرابع: أن العبد إذا قُتل مولاه عمدا، وله وليّان، فعفا أحدهما، بطل كله، ولا ينقلب نصيب الباقي مالا في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

عند[2] أبي يوسف رحمه الله: ينقلب نصيبه مالا، فيقال للعافي: ادفع نصف نصيبك، وهو الربع إلى شريكك، أو افده بربع الدية[3].

والخامس: أن أم الولد إذا قتلت مولاها عمدا، فإن لم يكن لها منه ولد يرثه، تقتل به[4]؛ لقوله عليه السلام: «العمد قود»[5]، ولما ذكرنا أن المملوك في حق الدم بمنزلة الحر،

الفريضة جميعا فينتقص أنصباؤهم. فهو على هذا من الأضداد. راجع «المغرب» ٢/ ٩٠، «المصباح المنير» ٢/ ٦٧١، «التعريفات» ص ٢٠٥، «طلبة الطلبة» ص ١٧٠.

(٥) وفي (ج) و (د): "عندهما".

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦١- ٦٢ «فتح القدير» ١٠/ ٣٧٨.

(٢) في (ج) و (د): "وفي قول أبي يوسف".

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٢.

(٤) «فتح القدير» ١٠/ ٢٣٥، «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٩.

(٥) قوله عليه السلام: «العمد قود»، أي: موجَبه قود، رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، وكذا اسحاق في مسنده كلاهما من حديث ابن عباس، قال: قال رسول الله ﷺ: «العمد قود إلا أن يعفو ولي المقتول» واللفظ لابن أبي شيبة. «نصب الراية» ٤/ ٣٢٧، وأخرجه الدارقطني من طريق ابن أبي شيبة، كما أخرجه من وجه آخر عن طاووس عن أبي هريرة. ٣/ ٩٤.

وأخرج أبوداود في الديات الحديث ٤٥٣٩، والنسائي في القسامة الحديث ٤٨٠٣و ٤٨٠٤، وابن ماجه في الديات الحديث ٢٦٣٥، كلهم من حديث ابن عباس: «ومَن قُتل عمدا فهو قَوَد،

وإن كان لها منه ولد يرثه، لا تقتل؛ لأن نصيب ولدها يبطل[1] ضرورة أن الولد لا يستحق القصاص على والدته، وإذا بطل حقه سقط حق الباقين ضرورة أنه لا يتجزأ.

والسادس: أن جنايات أم الولد أو المدبر وإن كثُرت، لا توجب إلا قيمة واحدة[2]، لأنها لو كانت محلا للدفع لا تدفع إلا مرة واحدة، وإذا لم تكن محلا للدفع لا تجب[3] إلا قيمة واحدة.

وفي الباب فصول ثلاثة: جناية أم الولد، وجناية المدبّر، وجناية القنّ.

أما الفصل[4] الأول: قال محمد رحمه الله:

أمّ ولد قتلَت سيدَها عمدا[5]، و رجلا[6] أجنبيا عمدا، فإن لم يكن لها ولد من مولاها يرثه، تقتل بهما[7]؛ لأنها تقتل بكل واحد منهما[8] عند الانفراد، لما ذكرنا أن

ومن حال دونه فعليه لعنة الله وغضبه، لايقبل منه صَرف ولاعَدل» فهذا شاهد قوي لحديث ابن عبس الذي أسنده ابن أبي شيبة.

(١) في (ج) و (د): "سقط".

(٢) «فتح القدير» ١٠/ ٣٩١.

(٣) وفي (ج) و (د): "لا توجب".

(٤) "الفصل" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "عمدا" ساقط من (ج) و (د).

(٦) "رجلا" ساقط من (ج) و (د).

(٧) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٩.

(٨) "منهما" ساقط من (ج) و (د).

المملوك في حكم الدم[1] مبقى على أصل الحرية[2]، فكذلك عند الاجتماع.

فإن لم تقتل حتى عفا أحد وليّي كل واحد منهما، فهو على وجهين: إما أن عَفَوا معًا، أو على التعاقب، فإن عفَوا معًا سقط القصاص، وتسعى في نصف قيمتها لغير العافيين[3]، أما سقوط القصاص؛ فلأنه كان مشتركا بينهم، فإذا سقط نصيب العافيين يسقط الكل لعدم التجزّئ.

وأما وجوب نصف السعاية؛ لأن القصاص كان أرباعا بينهم، فإذا سقط نصيب العافين وهو النصف بالعفو[4]، انقلب نصيب الباقيين مالا.

وفيه إشكال، وهو أنه لو وجبت السعاية عليها في نصف القيمة، إما أن تجب بالجناية، أو بالعفو، لا وجه للأول[5]؛ لأنها جنَت وهي رقيقة، وأم الولد إذا جنت جناية موجبة للمال، لا يكون عليها، بل يكون[6] على المولى[7].

ولو جاز أن يجب عليها لوارث الأجنبي، لا وجه لوجوبها لوارث المولى؛ لأن

---

(١) في (ج) و (د): "حق الدم".

(٢) «المبسوط» ٢٧/ ٧٤.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٩.

(٤) وفي (ج) و (د): " فإذا سقط نصيبهما بالعفو".

(٥) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: " لا وجه إلى الأول" وما ثبت أولى.

(٦) "يكون" ساقط من (ج) و (د).

(٧) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٥.

الوارث[1] يستحق المال بطريق الخلافة والوراثة عن الميت، ولهذا تقضى منه ديون الميت.

وجناية المملوك إذا كانت موجبة للمال لا تعتبر، ولهذا لو كانت خطأ كانت هدرا[2]، فإذا لم تعتبر في حق المولى لا تعتبر في حق الوارث، ولا وجه للثاني؛ لأنه لو وجب بالعفو لوجب نصف الدية، كالحر إذا قتل حرا، وله وليان، فعفا أحدهما، كان للآخر نصف الدية[3].

والجواب عنه: إنما أوجبنا السعاية في نصف القيمة؛ لأن هذا المال وجب خلفا عن القصاص، وحكم الخلف حكم الأصل، يجب بسببه عند انعدام الأصل، والمولى يستحق القصاص بجناية أم الولد[4]، فيستحق الخلف، ولأن المولى إنما لا يستحق المال على مملوكه بسبب[5] الجناية لمكان الاستحالة، وانعدام[6] الفائدة، وذاك في مال يجب عليها قبل الحرية، لا في مال يجب عليها بعد الحرية، والسعاية تجب عليها بعد العتق.

وإنما قدّر بالقيمة، لا بالدية؛ لأنه وجب بجناية وجدت قبل العتق، فيقدّر بالقيمة، كما لو[7] قتلت رجلا خطأ، ولأنا إن نظرنا إلى السبب، فالسبب وجد في الرق، وإن

---

(١) وفي (ج) و (د): "لأنه".

(٢) «فتح القدير» ١٠/ ٣٦٥.

(٣) «فتح القدير» ١٠/ ٣٧٩.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٨

(٥) "بسبب" ساقط من (ج) و (د).

(٦) وفي (ج) و (د): "عدم الفائدة".

(٧) "لو" ساقط من (ج) و (د).

نظرنا إلى الوجوب، فوجوب المال كان[1] بعد العتق، فوفّرنا على الشبهين حظّهما، فقدّرنا الواجب من القيمة[2] اعتبارا للسبب، وأوجبنا المال عليها نظرا إلى حالة الوجوب توفرا على الشبهين، واعتبارا للحالين.

وإن عفَوا على التعاقب، بأن عفا أحد وليّي المولى مثلا[3] أوّلا، ثم عفا أحد وليّي الأجنبي، كان عليها السعاية في ثلاثة أرباع قيمتها[4]؛ لأنه لما عفا أحد وليّي المولى اولا[5] انقلب نصيب صاحبه مالا، وهونصف القيمة[6]؛ لأن حق كل قتيل في كل القصاص، فكان حق كل واحد من وارثه في نصف القصاص، فإذا انقلب مالا كان حقه في نصف القيمة، لو انتقص عن ذلك إنما ينتقص بحكم المزاحمة، ولا مزاحمة ههنا؛ لأن حق الأجنبي بقي في القصاص، ولا مزاحمة بين المال والقود.

فلهذا كان حق الشريك العافي في نصف القيمة، فصار نصف قيمتها مشغولا بحق شريك العافي، ونصف قيمتها فارغًا، فإذا عفا أحد وليّي الأجنبي بعد ذلك انقلب نصيب الساكت من وليّي الأجنبي مالا، وهو نصف القيمة شائعا نصف هذا النصف، وهو ربع القيمة وقع في النصف الفارغ من قيمتها، فيثبت، ويكون ذلك له، ونصفه، وهو الربع

(١) وفي (ج) و (د): "فالو جوب بعد العتق".

(٢) وفي (ج) و (د): "بالقيمة".

(٣) "مثلا" ساقط من (ج) و (د).

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٩.

(٥) "أولا" ساقط من (ج) و (د).

(٦) وفي (ج) و (د): "وهو النصف".

وقع في النصف الذي كان مشغولا بحق وارث المولى[1].

فما أصاب المشغول لا يزيده شغلا، بل يظهر أثر اجتماع الحقّين في المزاحمة، فلهذا كان عليها السعاية في ثلاثة أرباع قيمتها، بخلاف ما إذا عفوا معًا حيث يجب نصف القيمة[2]؛ لأنه ما دام حق الكل في القصاص، كان حق كل واحد منهم في الربع لمكان المزاحمة، فإذا عفوا معا بقي كذلك، ولا يزيد.

وهنا بالتقديم ظهرت الزيادة لعدم المزاحمة على ما ذكرنا، فلهذا وجبت السعاية في ثلاثة الأرباع.

ثم اختلفوا في كيفية قسمة هذه الثلاثة الأرباع:

قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: يعطى ربع القيمة للساكت من وليّ الأجنبي خاصة، ويقسم نصف القيمة[3] بين الساكت من وليّ المولى، وبين الساكت من وليّ الأجنبي أثلاثًا بطريق العول والمضاربة[4]، ثلثا النصف وهو سدسا القيمة لوليّ المولى، وثلث النصف وهو سدس القيمة لوليّ الأجنبي، وقد أخذ وليّ الأجنبي مرة ربع القيمة، فإذا ضمّمت سدس القيمة إلى ربع القيمة يكون سدسين ونصف سدس، وسلم لوليّ المولى سدسا القيمة، فاجعل كل نصف سدس سهما، فيصير ثلاثة أرباع القيمة تسعة أسهم،

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٩.

(٢) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٩.

(٣) في (ج): «يقسم النصف».

(٤) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٩.

خمسة أسهم منها[1] لوليّ الأجنبي، وأربعة لوليّ المولى.

وقال أبويوسف ومحمد رحمهما الله: يعطى ربع القيمة أوّلا لوليّ الأجنبي، كما قال أبو حنيفة رحمه الله، ثم يقسم نصف القيمة بينهما بطريق المنازعة، نصف هذا النصف لوليّ المولى بلا منازعة[2]؛ لأن وليّ الأجنبي أخذ ربع القيمة، فهو لا يدعي من هذا النصف إلا ربع القيمة، فيسلم ربع القيمة لوليّ المولى [بلا منازعة][3]، واستوت منازعتهما في الربع الآخر[4]، فيكون بينهما، فيصير لكل واحد منهما ثلاثة أثمان القيمة.

وكذا لو عفا أحد وليّي الأجنبي أوّلا، ينقلب نصيب صاحبه مالا، وهو نصف القيمة، فإذا عفا أحد ولي المولى ينقلب نصيب الساكت منهما مالا، وهو نصف القيمة، نصفه في النصف المشغول بحق ولي الأجنبي، ونصفه في النصف الفارغ، فيجب عليهما ثلاثة أرباع القيمة، ويقسم ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله بطريق العول والمضاربة، وعندهما بطريق المنازعة كما في الوجه الأول[5].

وجنس[6] مسائل القسمة أربعة:

---

(١) قوله: "أسهم منها" ساقط من (ج) و (د).

(٢) «فتح القدير» ١٠/ ٣٧٩.

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل وأثبتناه من (ج) و (د).

(٤) "الآخر" ساقط من (ج) و (د).

(٥) سقطت عبارة طويلة من قوله: "ينقلب نصيب صاحبه" إلى قوله: "كما في الوجه الأول" من (ج) و (د)، وثبتت في (ا) و (ب).

(٦) كذا في (ج) و (د)، وجاء في الأصل: "وجنس هذه"، وما أثبت أولى وأفصح

منها ما يقسم بطريق العول والمضاربة عند الكل.

ومنها ما يقسم بطريق المنازعة عندهم.

ومنها ما يقسم بطريق المنازعة عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما بطريق العول والمضاربة.

ومنها ما يقسّم على عكس ذلك.

أما ما يقسّم بطريق العول عندهم ثمانية:

إحداها: الميراث، إذا اجتمعت سهام الفرائض في التركة، وضاقت التركة عن الوفاء بها، تقسم بطريق العول[١].

والثانية: إذا اجتمعت الديون المتفاوتة في التركة[٢]، وضاقت التركة عن الوفاء بها تقسم التركة بين أرباب الديون بطريق العول[٣].

والثالثة: إذا أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بربع ماله، ولآخر بسدس ماله، ولم تجز الورثة حتى عادت الوصايا إلى الثلث، يقسم الثلث بينهم على طريق العول[٤].

والرابعة: الوصية بالمحاباة[٥]، إذا أوصى بأن يباع العبد الذي قيمته ثلاثة آلاف درهم من هذا الرجل بألفي درهم، وأوصى لآخر أن يباع منه العبد الذي يساوى ألفي

---

(١) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٦٨.

(٢) قوله: "في التركة" ساقط من (ج) و (د).

(٣) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٦٨.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١١٥.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١١٠.

درهم بألف درهم، حتى حصلت المحاباة لهما بألفي درهم، كان الثلث بينهما بطريق العول.

والخامسة: الوصية بالعتق، إذا أوصى بأن يعتق من هذا العبد نصفه، وأوصى بأن يعتق من هذا الآخر ثلثه، وذاك لا يخرج من الثلث، يقسم ثلث المال بينهما بطريق العول، ويسقط من كل واحد منهما حصته من السعاية.

والسادسة: الوصية بألف مرسلة، إذا أوصى لرجل بألف، ولآخر بألفين كان الثلث بينهما بطريق العول[1].

والسابعة: عبد فقأ عين رجل حر، وقتل آخر خطأ، فدفع بها، يقسم الجاني بينهما بطريق العول، ثلثاه لوليّ القتل، وثلثه للآخر[2].

والثامنة: مدبّر جنى على هذا الوجه، ودفعت القيمة إلى أولياء الجناية، كانت القيمة بينهما بطريق العول[3].

وأما ما يقسم بطريق المنازعة:

مسألة واحدة ذكرها في «الجامع»: فضوليّ باع عبدا من رجل بألف درهم، وفضوليّ آخر باع نصف ذلك العبد من رجل آخر[4] بخمسمائة درهم[5]، فأجاز المولى

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٩٨.

(٢) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ٥٥.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٦.

(٤) في (ج) و (د): "باع نصفه من آخر".

(٥) "درهم" ساقط من (ج) و (د).

البيعين جميعًا[١]، يخيّر المشتريان، فإن اختارا الأخذَ، أخذا بطريق المنازعة، ثلاثة أرباعه لمشتري الكل، وربعه لمشتري النصف عندهم جميعًا.

وأما ما يقسم بطريق المنازعة عند أبي حنيفة، وعندهما بطريق العول، ثلاث مسائل:

إحداها: دار تنازع فيها رجلان، أحدهما يدّعي كلها، والآخر يدعي نصفها، وأقاما البينة، عند أبي حنيفة رحمه الله تقسم الدار بينهما بطريق المنازعة، ثلاثة أرباعها لمدعي الكل، والربع لمدعي النصف، وعندهما تقسم[٢] أثلاثا، ثلثاها لمدعي الكل، وثلثها لمدعي النصف.

والثانية: إذا أوصى بجميع ماله لرجل، وبنصفه لآخر، وأجازت الورثة، عند أبي حنيفة رحمه الله كان[٣] المال بينهما أرباعا، وعندهما أثلاثا.

والثالثة: إذا أوصى بعبد بعينه لرجل، وبنصف هذا العبد لآخر[٤]، والعبد[٥] يخرج من ثلثه أو لا يخرج، وأجازت الورثة، كان العبد بينهما أرباعا بطريق المنازعة[٦]

---

(١) «فتح القدير» ١٠/ ٣٧٨-٣٧٩.

(٢) "تقسم" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "كان" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د) "وبنصفه لآخر".

(٥) في (ج) و (د): "وهو يخرج".

(٦) قوله: "بطريق المنازعة" ساقط من (ج) و (د).

عند أبي حنيفة، وعندهما أثلاثا بطريق المنازعة[1].

وأما ما يقسم بطريق العول عند أبي حنيفة، وعندهما بطريق المنازعة، خمس مسائل:

منها ما ذكره في المأذون: عبد مأذون بين رجلين، أدانه أحد المولَيَين مائة، يعني باعه شيئا بنسيئة، وأدانه أجنبي مائة، فبيع العبد بين الإثنين[2].

عند أبي حنيفة يقسم ثمن العبد بين المولى المدين، وبين الأجنبي أثلاثا، ثلثاه للأجنبي، وثلثه للمولى المدين[3]؛ لأن إدانته تصحّ في نصيب شريكه، ولا يصح في نصيب نفسه[4].

والثانية: إذا أدانه أجنبي مائة، وأجنبي آخر خمسين، وبيع العبد، عند أبي حنيفة يقسم الثمن بينهما أثلاثا، وعندهما أرباعا.

والثالثة: عبد قتل رجلا خطأ، وآخر عمدا، وللمقتول عمدا وليّان فعفا أحد وليه[5]، يخيّر مولى العبد بين الدفع والفداء، فإن فدَى المولى يفدى بخمسة عشر ألفا، خمسة آلاف لشريك العافي، وعشرة آلاف لوليّ الخطأ، وإن دفع يقسم العبد بينهما أثلاثا

---

(١) "بطريق المنازعة" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "فبيع العبد بمائة" مكان "بين الإثنين".

(٣) "المدين" ساقط من (ج) و (د).

(٤) العبارة في (ج) و (د): "لا في نصيبه".

(٥) في (ج) و (د): "فعفا أحدهما".

عند أبي حنيفة رحمه الله[1]، وعندهما أرباعا بطريق المنازعة[2].

والرابعة: لو كان الجاني مدبرا، والمسألة بحالها، ودفع المولى القيمة، عند أبي حنيفة رحمه الله يقسم القيمة بينهما بطريق العول أثلاثا، وعندهما أرباع بطرق المنازعة[3].

والخامسة: مسألة الكتاب: أم الولد قتلت مولاها عمدا[4]، وأجنبيا عمدا، ولكل واحد منهما وليان، فعفا أحد وليّي كل واحد منهما على التعاقب، سعت في ثلاثة أرباع قيمتها، كان للساكت من وليّى الأجنبي ربع القيمة، ويقسم نصف القيمة بينهما بطريق العول أثلاثا عند أبي حنيفة، وعندهما أرباعا بطريق المنازعة[5].

والأصل لأبي يوسف ومحمد: أن الحقين متى ثبتا على الشيوع في وقت واحد كانت القسمة عولية، وإن ثبتا على وجه التمييز، أو في وقتين مختلفين كانت القسمة نزاعية[6].

والمعنى فيه: أن القياس يأبي القسمة بطريق العول؛ لأن تفسير العول أن يضرب كل واحد منهما بجميع حقه، أحدهما بنصف المال، والآخر بالكل، والمال الواحد لا

---

(١) انظر: «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦١، ٦٢ و «فتح القدير» ٧/ ٣٧٨.

(٢) قوله: "بطريق المنازعة" ساقط من (ج) و (د).

(٣) من قوله: "عند أبي حنيفة" إلى آخر الفقرة ساقط من (ج) و (د).

(٤) "عمدا" ساقط من (ج) و (د).

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٩.

(٦) انظر «فتح القدير» ١٠/ ٣٧٨.

يكون له كل ونصف آخر، ولهذا قال ابن عباس رضي الله عنهما: «من شاء بَاهَلْتُه أن الله تعالى لم يَجعل في المال الواحد ثلثين، ونصفا، ولا نصفين وثلثا»[1].

إنما تركنا القياس في الميراث بإجماع الصحابة، فيلحق به ما كان في معناه، وفي الميراث حقوق الكل تثبت على وجه الشيوع في وقت واحد، وهو حالة الموت، فيلحق به ما كان في معناه[2]، وفي التركة إذا اجتمعت حقوق متفاوتة، حق أرباب الديون يثبت في وقت واحد، وهو حالة الموت أو المرض، فكانت في معنى الميراث[3].

وكذلك في الوصايا، وفي العبد والمدبر إذا فقأ عين إنسان، وقتل آخر خطأ، حق أصحاب الجناية يثبت في وقت واحد[4]، وهو وقت دفع العبد الجاني أو قيمة المدبر؛ لأن موجب جناية الخطأ لا يملك قبل الدفع، ولهذا لا تجب فيه الزكاة قبل القبض، ولا تصح به

(١) لم أجده بهذا اللفظ، إنما أخرج عبد الرزاق عن معمر عن ابن طاووس قال: أخبرني أبي أنه سمع ابن عباس يقول: «لوددت آتي هؤلاء الذين يخالفوني في الفريضة، نجتمع فنضع أيدينا على الركن، ثم نبتهل فنجعل لعنة الله على الكاذبين» «مصنف عبد الرزاق» ١٠/ ٢٥٥، الأثر: ١٩٠٢٤، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٢/ ١٨٢ والدارمي ٢/ ٣٩٩، والمتقي الهندي في كنز العمال ١٣/ ٢٧. وانظر أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٩٠، المغني ٦/ ١٨٤.

وأخرج عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن عبيد الله بن عبد الله قال: سمعت ابن عباس يقول: «أحصى الله رملَ عالج ولم يحص هذا، مال في مال ثلثان ونصف، يعني أن الفريضة لاتعول».

(٢) سقط قوله: "فيلحق به ما كان في معناه" من (ج) و (د).

(٣) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٤٧.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٦.

الكفالة، وإنما يملك عند التسليم، ووقت الدفع واحد.

وفي مسألة دعوى الدار الحق إنما ثبت بقضاء القاضي[1]، ووقت القضاء واحد، فكانت في معنى الميراث، وفي مسألة بيع الفضوليّ وقت ثبوت الحقين مختلف، لأن الملك ثبت عند الإجارة مستندا إلى وقت العقد، ووقت العقد مختلف.

وفي القسم الرابع وقت ثبوت الحقين مختلف، أما في مسألة الإدانة؛ فلأن الحق ثبت بالإدانة، ووقت الإدانة مختلف، وفي العبد إذا قتل رجلا عمدا، وآخر خطأ، وللمقتول عمدا وليّان فعفا أحدهما، واختار المولى دفع العبد، أو كان الجاني مدبرا، والمسألة بحالها، فدفع المولى القيمة[2].

عندهما: يقسم بطريق المنازعة؛ لأن وقت ثبوت الحقين مختلف، لأن حق الساكت من وليّ الدم كان في القصاص، لأنه سئل، والمال بدل عن القصاص، ووجوب البدل مضاف إلى سبب الأصل، وهو القتل، فكان وقت ثبوت حقه القتل، وحق وليّ الخطأ في القيمة، إذ العبد المدفوع يثبت عند الدفع لا قبله، لأنه صلة معنى، والصّلات لا تملك قبل القبض، فكان وقت الحقين مختلفا، فلم يكن في معنى الميراث، فكانت القسمة نزاعية.

وفي جناية أم الولد وجوب الدية للذي لم يعفُ مضاف إلى القتل لما قلنا، والقتلان وجد في وقتين مختلفين، فكانت القسمة نزاعية عندهما.

والأصل لأبي حنيفة: أن قسمة العين متى كانت لحق ثابت في الذمة، أو لحق ثبت في العين على وجه الشيوع في البعض دون الكل، كانت القسمة عولية، ومتى وجبت

---

(١) في (ج) و (د): "ثبت بالقضاء".

(٢) انظر «فتح القدير» ١٠/٣٧٨.

قسمة العين لحق ثبت على وجه التمييز، أو كان حق أحدهما في البعض الشائع، وحق الآخر في الكل، كانت القسمة نزاعية[1].

والمعنى فيه أن الحقوق متى وجبت في الذمة، فقد استوت في القوة، لأن الذمة متّسعة[2]، فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه في العين، وكذا إذا كان حق كل واحد منهما في العين لكن في الجزء الشائع، فقد استوت في القوة، لأن ما من جزء ثبت فيه حق أحدهما، وللآخر أن يزاحمه، فكانت الحقوق مستوية في القوة.

والأصل في قسمة العول الميراث كما قالا، وثمّة حق كل واحد منهم ثبت في البعض الشائع، وإذا ثبت الحقان على وجه التمييز لم يكن في معنى الميراث، وكذا إذا كان حق أحدهما في البعض الشائع، وحق الآخر في الكل لم يكن في معنى الميراث، لأن صاحب الكل يزاحم صاحب البعض في كل شيء.

أما صاحب البعض لا يزاحم صاحبه في الكل، فلم يكن في معنى الميراث، ولأن حق كل واحد منهما إذا كان في البعض الشائع، وما يأخذ كل واحد منهما بحكم القسمة غير مقرّر، وأنّه غير الشائع، كان المأخوذ بدل حقه، لا أصل حقه، فيكون في معنى الميراث والتركة التي اجتمعت فيها الديون، وفي مسائل العفو[3] القسمة إنما وجبت لحق ثابت في الذمة، لأن حق كل واحد منهما في موجب الجناية، وموجب الجناية يكون في الذمة، فكانت القسمة فيها عولية، فعلى هذا تخرج المسائل.

هذا إذا لم يكن لها ولد من المولى، فإن كان لها ولد من المولى يرثه، فلا قصاص

---

(١) انظر «فتح القدير» ١٠/ ٣٧٨.

(٢) «فتح القدير» ١٠/ ٣٧٩، و«الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٩.

(٣) "العفو" ساقط من (ج) و (د)، وثبوته أصح.

عليها بدم المولى[1]، لأن الولد لا يستوجب القصاص على والدته، ولهذا لو قتلت المرأة ولدها لا يجب عليها القصاص[2]، لأن الوالدة سبب لوجوده، فلا يستحق قتلها.

ولهذا لا يباح له قتل واحد من أبويه، وإن كان حربيا، أو مرتدًا، أو زانيا محصنًا، فإذا سقط حق ولدها من القصاص[3] سقط حق الباقي، وانقلب الكلّ مالا، لأن القصاص تعذّر استيفاؤه لا لمعنى من جهة القاتل، بل حكما من جهة الشرع، فانقلب الكل مالا[4]، بخلاف ما تقدم؛ لأن ثمة العافي أسقط حق نفسه، فلا ينقلب نصيبه مالا.

فإن قيل: إذا لم تكن هذه الجناية موجبة للقصاص عليها بدم المولى ينبغى أن تكون هدرا، كما لو قتلته خطأ.

قلنا: الجناية وقعت موجبة للقصاص؛ لأنه تجب للمقتول، والمولى يستوجب القصاص على مملوكه، وإنما سقط القصاص ضرورة الانتقال إلى الوارث، وهي حرة وقت الانتقال، فينقلب مالا، ويلزمها القيمة دون الدية اعتبارا لحالة القتل.

هذا كمن قتل رجلا عمدا، وابن القاتل وارث المقتول، كان لإبن المقتول الدية على والده القاتل[5]، كذلك ههنا.

ولورثة الأجنبي القصاص كما كان؛ لأن حقهما يمتاز عن حق ورثة المولى، فكان

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٩.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤.

(٣) قوله: "من القصاص" ساقط من (ج) و (د).

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤.

لهما القصاص، إن شاءا أخّرا حتى يؤدي القيمة إلى ورثة المولى، وإن شاءا عجّلا القتل، لأن القصاص حقهما[1]، ولو أخّرا إلى أن يؤدي السعاية، ربما لا يؤدي مخافة القتل، فيبطل حق الورثة الأجنبي في القصاص[2]، فكان لهما التعجيل، فإن عفا أحد وليّي الأجنبي وجب للساكت منهما نصف القيمة أيضا.

وجنايات أم الولد وإن كثرت لا توجب إلا قيمة واحدة، فصارت القيمة مشتركة بين ورثة المولى، وبين[3] وارث الأجنبي.

ثم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى تقسم قيمتها بينهما أثلاثا بطريق العول والمضاربة، ثلثها لورثة المولى، وثلثها لوارث الأحنبي[4]، وعندهما يقسم أرباعا بطريق المنازعة[5]، ثلاثة أرباعها لورثة المولى، وربعها لوارث الأحنبي لما ذكرنا[6].

فإن كانت سعت في قيمتها لورثة المولى، ثم عفا أحد وليّ الأجنبي، إن دفعت القيمة إلى ورثة المولى بقضاء القاضي لا سبيل لوارث الأجنبي عليها، لأن الواجب عليها قيمة واحدة، وقد أدّت بقضاء القاضي فتفرغ ذمتها عن الجناية، وكان للساكت من ورثة

---

(١) قوله: "لأن القصاص حقهما" ساقط من (ج)، وفيه: "لأنهما لو أخّرا".

(٢) سقط قوله: "حق الورثة الأجنبي في القصاص" في (ج)، وفيه: "فيبطل حقهما".

(٣) "بين" ساقط من (ج) و (د).

(٤) لم يثبت قوله: "بطريق العول والمضاربة، ثلثها لورثة المولى، وثلثها لوارث الأجنبي" في (ج) و (د).

(٥) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٦، «فتح القدير» ١٠/ ٣٩١.

(٦) العبارة في (ج) و (د): "وعندهما أرباعا لما ذكرنا".

الأجنبي أن يتبع ورثة المولى[1]، ويشاركهم في تلك القيمة[2]؛ لأنهم أخذوا قيمة مشتركة.

وإن دفعت القيمة[3] إلى ورثة المولى بغير قضاء القاضي، ثم عفا أحد ورثة الأجنبي، عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله كذلك الجواب، كان لوارث الأجنبي أن يشارك ورثة المولى، فلا سبيل له على أم الولد[4].

وعند أبي حنيفة وارث الأجنبي بالخيار، إن شاء يرجع على ورثة المولى، وإن شاء يرجع على أم الولد[5].

لهما: أنها فعلت عين ما يفعله القاضي لو رُفع الأمر إليه، فيستوي فيه القضاء وعدم القضاء[6]، كالرجوع في الهبة لما كان فسخا بقضاء القاضي[7] لو حصل بتراضيهما يكون

---

(١) سقط قوله: "عن الجناية، وكان للساكت من ورثة الأجنبي أن يتبع ورثة المولى" في (ج) و (د)، وجاء فيهما: "يتبع وارث الأجنبي ورثة المولى".

(٢) «فتح القدير» ١٠/ ٣٩١.

(٣) "القيمة" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) لم تثبت هذه الفقرة كلها في (ج) و (د)، وإنما ثبتت في الأصل وفي (ا) و (ب)، وجاء في (ج) و (د) مكان هذه الفقرة: "وإن دفعت بغير قضاء عندهما كذلك".

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٧٠.

(٦) في الأصل: "وغير القضاء"، وفي (ج) و (د): "وعدمه"، والمثبت من (ا) و (ب)، وهو أولى.

(٧) "القاضي" ساقط من (ج) و (د).

فسخا.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن موجب الجناية في الذمة، فإذا أدّت فقد نقلت من الذمة إلى العين، فيظهر أثر الانتقال في حق الكل إن كان بقضاء القاضي[1] لمكان الولاية، ولا يظهر إذا كان بغير القضاء، فكان له الخيار، إن شاء رضي بدفعها، ويتبع ورثة المولى، وإن شاء لم يرض، فيرجع عليها بحقه، وهو ثلث القيمة عند أبي حنيفة، ثم هي ترجع بذلك[2] على ورثة المولى.

هذا إذا دفعت القيمة إلى ورثة المولى، ثم عفا وليّ الأجنبي، فإن عفا أحد وليّ الأجنبي، ثم دفعت القيمة، قال بعضهم: إن كان الدفع بغير قضاء يتخير وارث الأجنبي عند الكل[3]، وإن كان بقضاء القاضي[4] عند أبي حنيفة يتخير، وعندهما لا يتخير[5].

والصحيح أنه يتخيّر ههنا[6] عند الكل، سواء كان [الدفع][7] بقضاء أو بغير قضاء[8]، لأن قضاء القاضي بدفع الكل إلى ورثة المولى بعد تعلق حق الأجنبي وثبوته لا

(١) "القاضي" ساقط من (ج) و (د).

(٢) وفي (ج) و (د): "وترجع هي على".

(٣) في (ج) و (د): "عندهم".

(٤) "القاضي" ساقط من (ج) و (د).

(٥) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ٧٠.

(٦) في (ج) و (د): "أن هنا يتخير".

(٧) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٨) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ٧٠.

يضح.

بخلاف الوصيّ إذا قضى دين أحد الغريمين بأمر القاضي حيث لا يضمن، لأن للقاضي أن يضعَ مال الميت حيث شاء، أما هنا بخلافه، وإذا لم يصح قضاء القاضي هنا، لأن لا يصح فعلها بغير قضاء، كان[1] أولى.

وأما فصل المدبر والمدبرة: فالجواب فيها كالجواب في أم الولد[2] إلا في خصلة، وهي أن المدبر يسعى في قيمته كاملة لورثة المولى سوى موجب الجناية ردّاً للعتق، بخلاف أم الولد، لأن المدبر يعتق بطريق الوصية، ولهذا يعتق من الثلث، فإذا قتل مولاه بطلت وصيته لأجل القتل[3]، فيجب عليه ردّ العتق، والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض، فيجب ردّ القيمة، أما أم الولد لا تعتق بطريق الوصية، ولهذا تعتق من جميع المال، لأن الاستيلاد من الحوائج الأصلية، فلا يجب عليها إلا موجب الجناية.

الفصل الثالث:

ع'. قتل مولاه وأجنبيا عمدا، فإنه يقتل بهما؛ لأن قتل كل واحد منهما موجب للقصاص، فإن عفا أحد وليي المولى، وواحد وليي الأجنبي، إن عفَوَا معا بطل دم المولى[4]، ولا ينقلب نصيب الساكت مالا في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعند

---

(١) "كان" ساقط من (ج) و (د).

(٢) انظر «فتح القدير» ١٠/ ٣٩٢.

(٣) وجاء في (ج) و (د): "وبالقتل تبطل الوصية".

(٤) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٢.

أبي يوسف ينقلب نصيب الساكت مالا[1].

أصل المسألة: عبد قتل مولاه عمدا، وله وليّان، فعفا أحدهما، عند أبي حنيفة ومحمد بطل الدم أصلا، ويكون عفوُ أحدهما كعفوهما، وعند أبي يوسف ينقلب نصيب الساكت مالا، نصفه في نصيب نفسه، فبطل، ونصفه في نصيب شريكه فثبت، فيقال للعافي: ادفع نصف نصيبك، وهو الربع إلى شريكك، أو أفده بربع الدية[2].

وذكر أبو سليمان[3] رحمه الله أن محمدا كان يقول بقول أبي يوسف، ثم رجع إلى قول أبي حنيفة[4].

لأبي يوسف: أن العبد بموت المولى صار ميراثا بين الاثنين، لأن وجوب القصاص لا يمنع الإرث، فإذا عفا أحدهما سقط نصيبه، وانقلب نصيب الآخر مالا، نصفه في

---

(١) في (ج) و (د): "ينقلب نصيبه مالا".

(٢) انظر «فتح القدير» ١٠/ ٣٧٩، و«المبسوط» للسرخسي ٢٧/ ٧٤، والفتاوى الهندية ٦/ ٦٢.

(٣) هو موسى بن سليمان، أبو سليمان، الجوزجاني، وأخذ الفقه عن محمد بن الحسن، وكتب عنه مسائل الأصول والأمالي، وكان رفيقا للمعلّى بن منصور في أخذ الفقه ورواية الكتب، ولم يصنف كتابا، وإنما روى كتب الإمام محمد، وما نسب إليه فهو من كتب الإمام، والنسبة بسبب الرواية دون التأليف، و«كتاب الأصل» رواه عن الإمام محمد تلاميذه، ولم تبق رواية أحد منهم، إلا رواية أبي حفص الكبير وأبي سليمان الجوزجاني، كما أحال إليه الإمام قاضي خان.
ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ١٧١٤، «الطبقات السنية» برقم ٢٥٦٤، «الفوائد البهية» ص٢١٦، كتائب أعلام الأخيار برقم ٩٩، تاج التراجم ٧٤.

(٤) قال ابن الهمام في الفتح: وذكر في بعض نسخ «الجامع الصغير» قول محمد مع أبي حنيفة، والأشهر أنه مع أبي يوسف رحمه الله. انظر «فتح القدير» ١٠/ ٣٨٠.

نصيبه فسقط، ونصفه في نصيب شريكه فثبت، فخيّر الشريك بين أن يدفع نصف نصيبه حتى يصير له ثلاثة أرباع العبد، أو يفديه بربع الدية[١]، كمن أوصى بعبده لرجل، ثم إن هذا العبد قتل مولاه عمدا، وله وليان، فعفا أحدهما، ينقلب نصيب الآخر مالا، ويثبت ذلك في نصيب الموصى له عندهم، كذلك هنا.

ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أن التركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت، والمال الواجب بعد عفوِ أحد الشريكين يكون حقا للميت[٢]، لأنه بدل نفسه حتى تقضى منه ديونه، وإن كان حقيقة الملك للوارث، فملك الوارث عين ذلك الملك حتى يردّ بالعيب، ويردّ عليه، فلو أوجبنا المال بعد عفو أحدهما كان المال واجبا للميت على مملوكه من وجه، وذلك باطل، فلهذا كان عفو أحد الإثنين[٣] كعفوهما.

بخلاف المدبر وأم الولد؛ لأنهما يعتقان بموته[٤]، فلا يكون ذلك إيجاب المال على مملوكه، وبخلاف مسألة[٥] الوصية؛ لأن ملك الموصى له ملك جديد ثبت بسبب جديد، ولهذا لا يردّ بالعيب، ولا يردّ عليه بخلاف الوارث.

إذا ثبت هذا جئنا إلى مسألة الكتاب:

---

(١) انظر «المبسوط» ٢٧/ ٧٤.

(٢) كذا في الأصل، والعبارة في (ج) و (د): "بعفوِ أحدهما حق الميت".

(٣) في (ج) و (د): "عفو أحدهما".

(٤) «المبسوط» ٢٧/ ٧٥.

(٥) "مسألة" ساقط من (ج) و (د).

عند أبي حنيفة ومحمد لما كان عفو أحدهما كعفوهما، بطل دم المولى أصلا[1]، بقي حق الساكت من وليّ الأجنبي في نصف الجناية، وقد كان حقه عند العفو بحكم المزاحمة في ربع القصاص، ونصف الدية، وبأن سقط حق البعض بحكم العفو بعد ما كان ثابتا لا يزداد حق من بقي، فيقال لورثة المولى: ادفعا إليه ربع دية العبد[2]، أو افدياه بنصف الدية.

وأما عند أبي يوسف: لا يبطل دم المولى بعفو أحدهما، بل ينقلب نصيب الساكت مالا[3]، ونصيب الساكت عند العفو كان في الربع الشائع، والعبد مملوك لهما، فإذا انقلب ذلك مالا، فنصف هذا الربع، وهو الثمن وقع في ملك نفسه فسقط، ونصف الربع وهو الثمن وقع[4] في ملك شريكه فثبت، فيصير العبد على ثمانية، فيخاطبان [بدفع][5] ربع العبد إلى وليّ الأجنبي، بقي لهما ستة، لكل واحد منهما[6] ثلاثة أثمان العبد، ثم يقال للعافي من وليّ المولى: ادفع من نصيبك إلى أخيك ثمن العبد، أو افده بربع الدية، فإن دفع ثمن العبد[7] يصير للساكت من وليّ المولى نصف العبد، ولأخيه العافي ربع

(١) انظر «المبسوط» ٢٧/ ٧٤.

(٢) في (ج) و (د): "ربع العبد".

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٢١.

(٤) قوله: "في ملك نفسه فسقط، ونصف الربع وهو الثمن وقع" ساقط من (ج) و (د).

(٥) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٦) "منهما" ساقط من (ج) و (د).

(٧) في (ج) و (د): "ثمنه".

العبد[1]، ولوليّ الأجنبي ربع العبد[2].

وإن عفا أحد وليّ المولى، وأحد وليّ الأجنبي على التعاقب، على قول[3] أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله بطل دم المولى[4]، ويقال لورثة المولى ادفعا نصف العبد إلى وليّ الأجنبي، أو افدياه بنصف الدية أيهما سَبَق[5] بالعفو.

أما إذا عفا أحد وليّ المولى [أوّلا][6]؛ فلأن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله عفوُ أحدهما كعفوهما، فإذا بطل دم المولى بقي حق [وليّ][7] الأجنبي في كل القصاص، فإذا عفا أحد وليّ الأجنبي انقلب نصيب صاحبه، وهو نصف القصاص مالا، فيقال لورثة المولى: ادفعا إليه نصف العبد، أو افدياه بنصف الدية.

وأما إذا عفا أحد وليّ الأجنبي أوّلا استحق صاحبه أيضا نصف العبد، لأن حق ورثة المولى باقٍ في القصاص، ولا مزاحمة بين المال والقصاص، فإذا امتاز حق المولى عن حق الأجنبي كان حق الساكت من وليّ الأجنبي في نصف العبد، كما لو قتل مولاه عمدا وأجنبيا خطأ، وللأجنبي ابنان، كان حق كل واحد من الابنين في نصف الدية، بخلاف ما

---

(١) في (ج) و (د): "وللعافي ربعه".

(٢) "العبد" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "عند أبي حنيفة".

(٤) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ٢١.

(٥) في (ج) و (د): "أسبق، وما ثبت أصح.

(٦) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٧) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

إذا عفوا معا، لأن ثـمّة وجب المال لهما حال قيام المزاحمة، فكان حق غير العافي من وليّ الأجنبي في الربع، أما هنا بخلافه، فيقال لورثة المولى: ادفعا نصف العبد إلى وليّ الأجنبي، أو أفدياه بنصف الدية، فإذا عفا أحد وليّ المولى بطل دم المولى، ويبقى حق وليّ الأجنبي في نصف العبد[1] كما كان.

وأما عند أبي يوسف رحمه الله: إذا عفا أحد[2] وليّ المولى، أو أحد وليّ الأجنبي على التعاقب، يقال للساكت من وليّ المولى: ادفع نصف نصيبك، وهو ربع العبد[3] إلى وليّ الأجنبي، أو افده بربع الدية، يقال للعافي: ادفع ثلاثة أثمان العبد إلى وليّ الأجنبي وإلى أخيك، أو أفد ذلك بنصف الدية بينهما نصفين، فإذا دفع ثلاثة أثمان العبد كان ذلك بين وليّ المولى ووليّ الأجنبي نصفين، لكل واحد منهما[4] ثمن ونصف، أيهما بدأ بالعفو فهما سواء.

لانه ان كان عتقا أحد المولى اولا[5]، وفي يد كل واحد منهما نصف العبد انقلب نصيب صاحبه مالا، وهو نصف القصاص، نصفه في ملكه فسقط، ونصفه في نصيب صاحبه فثبت، وصار له في نصيب شريكه ربع العبد.

فإذا عفا أحد وليّ الأجنبي بعد ذلك[6] وجب للساكت منهما نصف العبد شائعا

(١) في (ج) و (د): "في النصف".

(٢) "أحد" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): " اربع".

(٤) "منهما" ساقط من (ج) و (د).

(٥) في (ج) و (د): "اما إذا ابدا أحد ولي المولى".

(٦) في (ج) و (د): "بعده".

ربع العبد في نصيب الابن الساكت لا يزاحمه في ذلك أحد، وربع في نصيب الابن العافي، إلا أن نصيب الابن العافي في نصفه مشغول بحق أخيه، وهو ربع العبد، ونصفه فارغ عن حق الغير، فنصف الربع، وهو ثمن العبد[1] وقع للأجنبي في الربع الفارغ، وثمن العبد وقع للأجنبي في الربع المشغول، اجتمع في الربع المشغول حق الأجنبي، وحق شريك العافي وحق الاجني في الثمن وحق شريك العافي في اربع فيأخذ شريك العافي[2] من الربع المشغول ثمنا بلا منازعة، واستوت منازعتهما في الثمن الآخر، فيكون بينهما، فصار العبد ستة عشر.

فلهذا يأخذان من غير العافي ثلاثة أثمان العبد، وهو ستة، كل واحد منهما ثلاثة، فوليّ الأجنبي أخذ من الساكت من وليّ المولى ربع العبد، وهو أربعة، ومن العافي ثمنا ونصف ثمن، وذلك ثلاثة، فصار له سبعة اسهم[3].

وقد كان للساكت من وليّ المولى بحكم الميراث نصف العبد، وهو ثمانية، دفع إلى وليّ الأجنبي أربعة، وأخذ من أخيه ثلاثة، فصار له سبعة أسهم، وبقى للابن العافي سهمان.

وإن عفا أحد وليّ الأجنبي أوّلا كان الجواب[4] فكذلك، لأنه لما عفا أحد وليّ الأجنبي انقلب نصيب الساكت مالا، وهو النصف لفراغ المحل عن المال، فإذا عفا أحد وليّ المولى بعد ذلك انقلب نصيب صاحبه مالا، وهو النصف، نصفه صادف ملك نصيبه،

---

(١) في (ج) و (د): "الثمن".

(٢) قوله: "العافي" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "أسهم" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "كان الجواب" ساقط من (ج) و (د).

فسقط، ونصفه وهو الربع صادف ملك أخيه فثبت، إلا أن نصيب أخيه نصفه كان مشغولا بحق الأجنبي، فالثمن الذي وقع فيما كان فارغا يسلم له، وثمن وقع في الربع المشغول بحق الأجنبي، وحق الأجنبي في الربع، وحق غير العافي في الثمن، فيأخذ الأجنبي ثمنا[1] بلا منازعة، واستوت منازعتهما في الثمن الآخر، فيكون بينهما، فصار هذا والوجه الأول سواء.

وإن عفا أحد وليّ الأجنبي أوّلا، ودفعا نصف العبد إليه، ثم عفا أحد وليّ المولى، في قياس قول أبي حنيفة ومحمد: يقال لوليّ الأجنبي: ادفع نصف نصيبك، وهو ربع العبد إلى الساكت من وليّ المولى، أو افده بربع الدية، لأنه لما عفا أحد وليّ الأجنبي أوّلا، وأخذ الآخر نصف العبد صار نصف العبد ملكا للأجنبي بسبب جديد، وانقطع ملك الميت، بقي نصيب العبد على ملك الميت.

فإذا عفا أحد وليّ المولى انقلب نصيب صاحبه مالا، وهو النصف، نصفه في النصف المدفوع بالجناية إلى الأجنبي فثبت، ونصفه في النصف الذي بقي على ملك الميت، وعفوُ أحدهما فيما بقي على ملك الميت كعفوهما، فبطل ذلك، فلهذا يقال للأجنبي: ادفع إليه ربعَ العبد، أو افده بربع الدية، فإذا دفع يصير للأجنبي ربع العبد، وللعافي من وليّ المولى ربع العبد[2]، ولأخيه نصف العبد[3].

وعند أبي يوسف رحمه الله: إذا عفا أحد وليّ الأجنبي أوّلا، ودفعا إليه نصف العبد، ثم عفا أحد وليّ المولى انقلب نصيب صاحبه مالا، نصفه في النصف المدفوع إلى

---

(١) في (ج) و (د): "ثمن".

(٢) في (ج) و (د): "ربعه".

(٣) في (ج) و (د): "نصفه".

الأجنبي، فيخاطب الأجنبي بما قالا، ونصفه وهو الربع في النصف الذي بقي على ملك الوارث، نصف الربع في ملك نفسه فسقط، ونصفه في نصيب شريكه فثبت، فيقال لشريكه: ادفع إليه ثمن العبد أو افده بثمن الدية.

وإن عفا أحد وليّ المولى أوّلا، فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله عفو أحدهما كعفوهما، فإذا عفا أحد وليّ الأجنبي بعد ذلك، يقال لورثة المولى: ادفعا إليه نصف العبد، أو افدياه بنصف الدية.

وعند أبي يوسف إذا عفا أحد وليّ المولى انقلب نصيب صاحبه مالا، نصفه في نصيب نفسه فسقط، ونصفه في نصيب شريكه فثبت، فيقال لشريكه: ادفع إليه ربع العبد، أو افده بربع الدية، فإن دفع ربع العبد، ثم عفا أحد وليّ الأجنبي بعد ذلك[1] انقلب نصيب صاحبه مالا، وهو النصف، فيقال لورثة المولى: ادفعا إليه نصف العبد، أو افدياه بنصف الدية، وما فعلا يكون عليهما أرباعا على قدر ملكهما.

وروى بشر بن الوليد[2] عن أبي يوسف رحمه الله: رجل قتل رجلا عمدا، ورجلا خطأ، ولكل واحد منهما وليان، فعفا أحد وليّ كل واحد منهما، واختار مولى العبد الدفع، فإنه يدفع ثلثي العبد إلى الباقين في قياس قول أبي حنيفة[3] رحمه الله، لأنه لما عفا أحد وليّ العمد صار القتل في حق الساكت موجبا للمال، وصار كالخطأ، فيصير العبد بين وليّ العمد ووليّي الخطأ أثلاثا عنده، لأن حق وليّ الخطأ في الكل، وحق الباقي من ولي العمد في النصف، فيكون بينهما أثلاثا، فإذا عفا أحد وليّ الخطأ سقط نصيبه، وهو

---

(١) "بعد ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٢) هوبشر بن الوليد الكندي القاضي، تقدم ترحمته في ص ١٢٦.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٦٢.

الثلث، بقي حق الباقين في الثلثين، لكل واحد منهما الثلث.

وعند أبي يوسف رحمه الله: إن عفوا معا، أو عفا وليّ الخطأ أوّلا دفع المولى ثلاثة أرباع العبد إلى الباقين، لأن حق الباقي من وليّ الخطأ في النصف، فإذا عفا أحد وليّ الاجنبي عن القصاص انقلب نصيب صاحبه مالا[1]، وهو النصف، نصفه في النصف المشغول بحق وليّ الخطأ، ونصفه في النصف الفارغ، فما أصاب المشغول لا يزيده شغلا، وما أصاب الفارغ يكون له، فتكون الجملة ثلاثة أرباع العبد بينهما، لكل واحد منهما ثلاثة أثمان العبد[2].

وإن عفا أحد[3] وليّ العمد أوّلا، ثم عفا أحد[4] وليّ الخطأ، فإنه يدفع إلى الباقي من وليّ العمد ربعه، وإلى الباقي من وليّ الخطأ ثلاثة أثمانه، لأنه لما عفا أحد وليّ العمد أوّلا صار حق الباقي منهما في نصف العبد، وحق وليّ الخطأ في الكل، فالنصف سالم لوليّ الخطأ بلا منازعة، والنصف الآخر يقسم بين وليّ الخطأ وبين الباقي من وليّ العمد نصفين لاستواء المنازعة، فصار لوليّ الخطأ ثلاثة الأرباع، ولوليّ العمد الربع، فإذا عفا أحد وليّ الخطأ سقط حقه، بقي حق الآخر في ثلاثة الأثمان

والله اعلم.[5]

---

(١) في (ج) و (د): "العمد انقلب نصيب صاحبه مالا".

(٢) "العبد" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "أحد" زيادة من (ج) و (د).

(٤) "أحد" زيادة من (ج) و (د).

(٥) "والله اعلم" ساقط من (ج) و (د).

باب من الجناية بعد الجناية في الأصابع وغيرها
ما يجب فيه القصاص وما لا يجب

مسائل هذا الباب من جنس ما تقدم، وأصولها ما ذكرنا، والذي يختص بهذا الباب: أن القاضي مأمور بإيصال الحقوق إلى أربابها بقدر الممكن. ممنوع عن التعطيل.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

رجل قطع المفصل الأعلى من إصبع رجل عمدا، وقطع المفصل الوسطى من ذلك الإصبع من الآخر عمدا، وقطع المفصل الثالث من تلك الإصبع عمدا من آخر، فاجتمعوا إلى القاضي، فإن القاضي يبدأ بصاحب المفصل الأعلى[1]، ويقضي له بالقصاص، يقطع مفصله به لوجود سبب القصاص، وشرطه وهو التساوي في الطرف.

فإن قطع الأول مفصله يخير صاحب المفصل الوسطى بين القصاص والأرش، لأنه قدر على استيفاء حقه ناقصا فيخير[2]، كما لو كانت يد القاطع شلا يخير، إن شاء قطع، ولا شيء له، وإن شاء أخذ الأرش[3]، كذلك هنا.

فإن قيل: وجب أن لا يخير بين أخذ الأرش والقطع[4]؛ لأن إصبع القاطع كانت

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٣.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٣.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٢ و«فتح القدير» ١٠/ ٢٦٠٠.

(٤) "بين أخذ الارش والقطع" ساقط من (ج) و (د).

صحيحة حال وجوب القصاص وانما انقص بعد ذلك فلايخير، كما لو كانت يد القاطع صحية[1] فشلّت بعد ذلك، فإنه لا يخيّر بل يستوفي القصاص ناقصا.

قلنا: قد قال بعض أصحابنا: إنه يخير ثمّة كما يخير هنا، فإن قطع المفصل الوسطى يصير مستوفيا حقه، ولا يرجع بشيء على القاطع.

ولا يقال: بأن القاطع قضى بالمفصل الأعلى حقا مستحقا عليه، فيصير ذلك مضمونا عليه، لأنه سالم له معنى، فينبغي أن يضمن أرشه.

لأنا نقول: محل حقه قائم، لأن الجاني وضع السكين في المفصل الوسطى، فكان محل وضع[2] السكين في حق الثاني المفصل الوسطى، وإنما فات المفصل الأعلى منه تبعا فاستحقه تبعا، وفوات التبع والوصف يوجب الجناية، ولا يوجب الضمان كيلا يصير مقصودا، كمن قطع يد إنسان عمدا، وقطع آخر، فقطعت يده قصاصا باليد[3]، لا يضمن أرش اليد لوليّ القتيل، كذلك هنا.

ثم يخيّر صاحب الإصبع، إن شاء استوفى ما بقي من الإصبع، وهو المفصل الثالث بجميع حقه، وإن شاء أخذ الأرش[4] لما قلنا في حق الثاني، وإنما بدأ القاضي بصاحب المفصل الأعلى، لأن حقه في المفصل الأعلى مقصود، وحق غيره تبَع، فلا يزاحمه، لأنه لو بدأ بالثاني أو الثالث، يفوت كل حق الأول، ولو بدأ بالأول لا يبطل حق غيره أصلا بل ينتقص، فكان هذا أولى.

---

(١) "صحية" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "قطع بدل وضع".

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٢.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٣.

هذا إذا اجتمعوا عند القاضي، وإن حضر صاحب الإصبع، وطلب القصاص، وغاب الآخران، فإنه يقضى له بقطع الإصبع[1]، لأن حقه قد ثبت، وحق غيره موهوم، فلا يؤخر حقه، كالدار إذا بيعت، ولها شفعاء، وحضر أحدُهم فإنه يقضى له بالشفعة، وليس هذا كالرجل إذا مات وعليه ديون، وحضر أحدهم، فإن القاضي يمسك نصيب الغائبين، لأن المال يحتمل القسمة، والقصاص لا.

فإن قطع الإصبع، كان على القاطع لصاحب المفصل الأعلى أرش المفصل الأعلى[2]، وهو ثلث دية الإصبع، ولصاحب المفصلين ثلثا دية الإصبع، إن كان للإصبع مفاصل ثلاثة، لأنه قضى بحقهما حقا مستحقا عليه، لأن ما وقع به القضاء، وهو المفصل الأعلى، وللثاني كان مقصودا في حق الأول والثاني، وإن كان وصفا في حق صاحب الإصبع، بخلاف الفصل الأول؛ لأن ثمة ما وقع به القضاء، وهو المفصل الأعلى كان تبعا في حق الثاني والثالث، فلا يضمن بالأرش لحقهما.

فرّق بين هذا وبين ما لو قتل رجلين عمدا، فقتل بأحدهما قصاصا، فإنه يبطل حق الآخر، ولا تجب له الدية[3]، وإن قضى بنفسه حقا مستحقا عليه؛ لأن ثمة قضاء الحق لا يتمّ إلا بعد الموت، وبعد الموت لا يمكن إيجاب الضمان ابتداء، أما بعد القطع هو محل لوجوب الأرش، فيجب الأرش للثاني والثالث.

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٣.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٣.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤-٥ «فتح القدير» ١٠/ ٢٦٨ والفتاوى الخانية بهامش «الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٣٦.

قال [1]: رجل قطع المفصل الأعلى من السبابة اليمنى من رجل عمدا، وقطع المفصل الوسطى من السبابة اليمنى من رجل آخر عمدا، ولم يكن للثاني المفصل الأعلى بأن كانت ساقطة، وقطع المفصل السفلى من السبابة اليمنى من رجل [2] آخر عمدا، ولم يكن للثالث المفصل الأعلى والوسطى، ثم اجتمعوا إلى القاضي، فإن القاضي يقضي بالقصاص لصاحب المفصل [3] الأعلى؛ لوجود شرطه، وهو التساوي في الأطراف، ولا يقضي بالقصاص للثاني والثالث، بل يقضي لهما بالأرش، لأن إصبع القاطع كانت كاملة عند قطع الثاني والثالث، وإصبعهما كانت ناقصة [4].

ولا يقال: بأن المفصل الأعلى ومنه كان مستحقا وكذا [5]، والمستحق كالفائت، ألا ترى أن من اشترى عبدا كان عليه القصاص في النفس، فلم يعلم، فقتل به عند المشتري، فإن المشتري [6] يرجع بجميع الثمن على البائع [7] عند أبي حنيفة، ويجعل المستحق كالفائت.

لأنا نقول: المستحق فائتٌ معنىً، قائمٌ صورةً، فلا تتحقّق المساواة بينه وبين الفائت صورة ومعنى، والفوات من حيث المعنى يكفي للرجوع بالثمن.

---

(١) "قال" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "رجل" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "المفصل" ساقط من (ج) و (د).

(٤) «بدائع الصنائع» ٧/ ٢٩٨ «الفتاوى الهندية» ٦/ ٩.

(٥) في (ج) و (د): "والثاني كان مستحقا منه".

(٦) "المشتري" ساقط من (ج) و (د).

(٧) «الفتاوى الهندية» ٣/ ٨٦.

ثم أعاد رحمه الله بعض ما ذكرنا في الباب المتقدم:

منها: رجل قطع المفصل الأعلى من إصبع رجل عمدا، ثم عاد، وقطع المفصل الثاني، ثم عاد، وقطع المفصل الثالث، إن تخلّل البُرء بين الجنايات يجب القصاص في الأول دون الثاني والثالث، وإن لم يتخلل البرء[1] يقطع إصبعه من المفصل الثالث[2]، لما ذكرنا أنه إذا تخلّل البرء يعتبر كل قطع جناية على حدة، فلا تتحقق المساواة في الثاني والثالث، وإن لم يتخلّل البرء يحمل الثاني منهما للأول، ويعتبر الكل جناية واحدة، كأنه قطع الإصبع بضربة[3] واحدة، فيجب القصاص[4].

ومنها: رجل قطع بعض الإصبع من غير مفصل، ثم قطع ما بقي من المفصل، فلم يتخلل بينهما برء، وجب القصاص في الإصبع، وإن تخلل لا تجب القصاص أصلا[5]، لأن الأول كسر عظم، فلا يجب القصاص، وفي الثاني لم يوجد التساوي، وإن كان الأول من المفصل، والثاني من غير المفصل، إن لم يتخلل البرء لا يجب القصاص، وإن تخلل وجب في الأول دون الثاني[6]، لما مرّ.

---

(١) "البرء" ساقط من (ج) و (د).

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٤.

(٣) في (ج) و (د): "بدفعة واحدة"، وما ثبت أصح.

(٤) قوله: "فيجب القصاص" ساقط من (ج) و (د).

(٥) سقط قوله: "القصاص أصلا" في (ج) و (د).

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٤.

وكذا لو قطع الحشفة، ثم قطع مابقي[1] الذكر[2]، أو قطع المارن[3] ثم ما بقي من الأنف[4]، أو قطع الأصابع ثم الكفّ خطأ[5]، وقد مرّ هذا فيما تقدم.

وكذا لو أوضَحَه في عشر مواضع، فإن لم يتخلّل البرء بين الجنايات[6] كان على عاقلته خمسة آلاف في سنتين، وإن تخلل البرء فعليهم كان على العاقلة[7] خمسة آلاف في سنة واحدة، وقد ذكرنا هذه الجملة فيما تقدم.

---

(١) في (ج) و (د): "باقي".

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٥.

(٣) في (ج) و (د): "المرن"، والمارن: مادون قصَبَة الأنف، وهو ما لانَ منه. راجع «المغرب» ٢/ ٢٦٤.

(٤) «الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٣٥.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٤.

(٦) "بيت الجنايات" ساقط من (ج) و (د).

(٧) "كان على العاقلة". ساقط من (ج) و (د).

باب الحائط المائل والإشهاد عليه

بنى الباب على أن إشراع الكَنيف[1] والجناح، ووضع الحجر في الطريق سبب لضمان ما تلف به، ولا يشترط فيه الإشهاد، لأنه شَغل هواء طريق المسلمين، فكان جانيا يضاف إليه التلف، ولهذا يعتبر حاله في حكم الجناية وقت الفعل، لأن نفس الفعل جناية، وصاحب الحائط المائل لا يضمن ما تلف بسقوطه قبل الإشهاد، ويضمن بعده[2].

والقياس: أن لا يضمن[3]؛ لأنه بنى الحائط في ملك نفسه[4]، والميلان والسقوط ليس من صنعه.

وجه الاستحسان: أنه لما مال إلى الطريق الأعظم، أو إلى ملك الغير فقد شغَل هواء الغير، فإذا طولب بالتفريغ، فلم يفرغ مع التمكّن يصير جانيا[5]، ويجعل كأنه اوقعه[6].

---

(١) قوله: "الكنيف" من الكنف، بفتحتين: الجانب والناحية، والكَنيف: هو السترة، والساتر، والحظيرة، والمستراح، والترس، والمرحاض، والجمع: كُنُفٌ مثل نذير ونذر. المغرب للمطرّزي ٢/ ٢٣٤، والمصباح المنير ٢/ ٥٤٢، والقاموس المحيط ١٠٩٩.

(٢) الفتاوى الخانية بهامش «الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٣.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٦.

(٤) وفي (ج) و (د): ملكه" مكان" ملك نفسه".

(٥) «المبسوط» ٢٨/ ١٢

(٦) في (ج) و (د): "أوقع".

وتفسير الإشهاد: أن يتقدم واحد ممّن له حق الطلب من أهل السكّة[1] إن كان مائلا إلى السكة، ومن العامّة إن كان مائلا إلى طريق العامة، وصاحب الملكَ أو الساكن إن كان مائلا إلى ملك الغير، ويقول: إن حائطك مائل أو مخوّف متصدّع[2] فاهدِمْه كيلا يقع على شيء[3].

والإشهاد ليس بشرط، إنما الشرط هو الطلب[4] حتى لو طولب بالتفريغ من غير إشهاد، ولم يفرغ مع التمكّن حتى سقط، وأتلف شيئا، وهو مقرّ بالطلب يضمن.

وفائدة الإشهاد: إمكان إثبات الطلب عند الجحود[5].

وشرط صحة الإشهاد: دوام القدرة على التفريغ، والنقض من وقت الإشهاد[6] إلى وقت السقوط؛ أما اعتبار القدرة وقت الاشهاد[7] لأن الفعل إنما يطلب من القادر لا من العاجز، ودوامها إلى وقت السقوط؛ لأنه لو عجز عن التفريغ قبل السقوط لايبقى

---

(١) أي أهل الحيّ، والسِكّة: الزُقاق الواسع والطريق المستوي، والجمع: سِكَكٌ. المغرب للمطرّزي ١/ ٤٠٥، والمصباح المنير ١/ ٢٨٢، والقاموس المحيط ١٢١٧.

(٢) قوله: "متصدّع" أي متشقّق ومتفرق، صدعته صدعاً: شققتُه فانصدع، وصدعت القومَ صدعاً فتصدعوا، فرقّتهم فتفرّقوا. والمصباح المنير ١/ ٣٣٥.

(٣) «الفتاوى الخانية» بهامش «الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٣ والمبسوط ٩ ٢٧/ ٩.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٦-و«ردّ المحتار» على الدر المختار ٥/ ٤٢٤.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٦.

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٧.

(٧) من قوله: "إلى وقت السقوط" إلى "وقت الاشهاد" ساقط من (ج) و (د).

مطالبا بالتفريغ، فسقوطه بعد ذلك[1] بمنزلة سقوطه قبل الإشهاد.

فلهذا يعتبر دوام القدرة من وقت الإشهاد إلى وقت السقوط، ويصير جانيا عند السقوط بترك التفريغ قبل السقوط[2]، كأنه أسقط الحائط، وأوقعه عليه، ويصير ميتدئا بالجناية عند السقوط، ولهذا يعتبر حاله في حكم الجناية وقت السقوط، وفي فصل إشراع الكنيف وقت الفعل.

والإشهاد على الحائط إشهاد على بعضه، لأن المقصود طلب التفريغ عنه، وعن أجزائه[3].

وروى بشر[4] عن أبي يوسف رحمه الله: أن الإشهاد على الحائط لا يكون إشهادا على النُّقُوضِ[5]، ولا يجب عليه ضمان ما عَطِبَ[6] بالنقوض، والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية لما قلنا.

ولا يصح الإشهاد على الحائط الصحيح؛ لأنه لم يوجد شَغل هواء الغير، ولا خوف

---

(١) في (ج) و (د): "بعده".

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٧.

(٣) «ردّ المحتار» على الردالمختار ٥/ ٤٢٦

(٤) هو بشر بن الوليد الكندي القاضي، وتقدم ترجمته في ص ١٢٦.

(٥) النقوض: جمع النُّقض: اسم البناء المنقوض إذا هُدِم، ونقل المطرزي عن الغوري: النِّقض: بالكسر لا غير. انظر المغرب ٢/ ٣٢٢، والمصباح المنير ٢/ ٦٢١.

(٦) عَطِبَ عَطَباً من باب سمع: هلك، والعطب: الهلاك. المغرب ٢/ ٦٧، والمصباح المنير ٢/ ٤١٦.

السقوط.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

مكاتب له حائط مائل إلى الطريق الأعظم[1]، فأشهد عليه، ثم سقط، وأتلف إنسانا، أوّلا نقول: بأن الإشهاد فيه يكون على المكاتَب؛ لأن الإشهاد إنما يصح على من له ولاية التفريغ، وولاية التصرف في اكتساب المكاتب تكون له، فإذا أشهد عليه، فإن سقط قبل التمكن من الهدم كان هدرا[2]؛ لأنه إنما يصير جانيا بترك التفريغ عند التمكن، فإذا لم يتمكّن لا يصير جانيا.

وإن تمكن، ولم يهدم حتى سقط فهو على وجوه ثلاثة: إما إن سقط حال قيام الكتابة، أو بعد ما عتق، أو بعد ما عجز، وردّ في الرق.

ففي الوجه الأول: تجب على المكاتب الأقل من قيمته ومن دية[3] المقتول؛ لأنه صار جانيا بترك التفريغ، وجناية المكاتب توجب الأقل من قيمته؛ ومن أرش المجنى عليه في كسبه، فكذلك ههنا.

وفي الوجه الثاني: وهو ما إذا سقط الحائط بعد ما أدّى فعتق، تجب دية المقتول[4] على عاقلة مولاه[5]، لأنه يصير جانيا وقت السقوط، ووقت السقوط هو حر، فتجب دية

---

(١) في (ج) و (د) حصل تقديم وتأخير في العبارة، وما ثبت أولى.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٨.

(٣) «الفتاوى الهندية»٦/ ٣٨.

(٤) وفي (ج) و (د): "تجب الديه" مكان "تجب دية المقتول".

(٥) وفي (ج) و (د): "على عاقلته".

المقتول[1] على عاقلته، وعاقلته عاقلة مولاه.

وفي الوجه الثالث: وهو ما إذا سقط بعد ما عجز ورد في الرق[2] كان هدرا، لا تجب الضمان على أحد[3] أما لا تجب على المكاتب، لأنه لم يبق له ولاية التفريغ، والهدم بعد ما عجز ورد في الرقّ ولا تجب على الموتى[4]، لأنه لم يوجد الإشهاد عليه[5].

ولو أشرع المكاتب كنيفا، أو جناحا إلى الطريق الأعظم، ثم أدى المكاتبة، وعتق، ثم سقط على إنسان فقتله، كان على المكاتب الأقلّ من الدية ومن قيمته يوم الإشراع، لأنه صار جانيا يوم الإشراع وموجب جنايته وقت الإشراع ما قلنا ولو اشرع كنيفا أو جناحا ثم عجز ورد[6]، [وهو مكاتب يومئذ][7].

ولو عجز، وردّ في الرق، ثم سقط ذلك[8] على إنسان فقتله، يخاطب مولاه[9]

(١) وفي (ج) و (د): "تجب الدية".

(٢) قوله: "وهو ما إذا سقط بعد ما عجز وردّ في الرق" ساقط من (ج) و (د).

(٣) قوله: "لا تجب الضمان على أحد" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د) "بالعجز، وإما لا تجب على المولى".

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٨.

(٦) قوله: "وموجب جنايته إلى ثم عجز" ساقط من (ج) و (د).

(٧) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٨) "ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٩) في (ج) و (د) "المولى".

بدفع العبد[1] أو الفداء[2]، لأنه جنى يوم الإشراع[3]، وهو عبد، وبعد ما عجز قدر مولاه على الدفع، فيخاطب بموجبه بالدفع أو الفداء كما هو الحكم في جناية الرقيق[4]، وهو ما ذكرنا، وكذا لو حفر بئرا في الطريق، ثم عجز، وردّ في الرق، ثم وقع فيه إنسان، ومات، بخلاف مسألة[5] الحائط، لأن ثمة إنما يصير جانيا بالتفريط، فيشترط فيه الإشهاد، ودوام القدرة إلى وقت السقوط[6] ولم يوجد الاشهاد على المولى بعد العجز ولم يصير العبد جانياً لزوال القدرة عند السقوط[7] لما قلنا.

قال[8] رجل أمه مولاة عتاقة لقوم، وأبوه عبد، أشهد عليه في حائط مائل له[9]، ثم عتق أبوه، وجر ولاء الولد، ثم سقط على إنسان فقتله، تجب الدية على عاقلة مولى الأب[10]، لأنه أنشأ الجناية عند السقوط، وعاقلته وقت السقوط عاقلة مولى الأب.

(١) في (ج) و (د) "بالدفع".

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٨.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٨.

(٤) قوله: "بالدفع" إلى "الرقيق" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "مسألة" ساقط من (ج) و (د).

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٨.

(٧) من قوله: "ولم يوجد" إلى "عند السقوط" ساقط من (ج) و (د).

(٨) "قال" ساقط من (ج) و (د).

(٩) "له" ساقط من (ج) و (د).

(١٠) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٨.

ولو أن[1] هذا الرجل أشرع كنيفا أو جناحا ثم عتق أبوه ثم سقط الكنيف على إنسان فقتله[2]، كانت دية المقتول[3] على عاقلة مولى الأم، لأن إشراع الكنيف ونحوه جناية وقت الإشراع، فكان موجب الجناية على عاقلته[4] يوم الإشراع.

وكذا لو أشهد على رجل في حائط مائل له في داره[5]، فباع الدار، وسقط الحائط في يد المشتري، فأتلف إنسانا، كان هدرا[6]، لأن ملك البائع قد زال، ولم يبق له ولاية التفريغ، ولم يوجد الإشهاد على المشتري، فكان هدرا ضرورة.

ولو أشرع كنيفا أو جناحا إلى طريق المسلمين، ثم باع الدار، ثم سقط ذلك في يد المشتري على إنسان كان فأتلفه، كان[7] ضمانه على البائع[8].

وكذا لو ألقى خشبة أو حجرا في طريق المسلمين، ثم باعه، فلم يحوله المشتري، لم يبرأ البائع عن ضمانه بالبيع[9].

---

(١) "أن" زيادة من (ج) و (د).

(٢) من قوله: "ثم عتق أبوه" إلى قوله: "فقتله" ساقط من (ج) و (د)، وفيهما: "والمسألة بحالها".

(٣) في (ج) و (د): "الدية".

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٧-٣٨. و«الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٤.

(٥) قوله: "في داره" ساقط من (ج) و (د).

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٧-٣٨. و«الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٤.

(٧) في (ج) و (د): "فضمان".

(٨) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٧-٣٨. و«الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٤.

(٩) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٨.

إذا[1] أشهد على رجل في حائط مخوّف متصدّع، أو مائل إلى طريق المسلمين[2]، فوقع على إنسان فقتله، ثم عثر رجل بنقض الحائط، فعطب، وعثر رجل بالقتيل فعطب، فضمان القتيل الأول على صاحب الحائط، وكذا ضمان من عثر بنقض الحائط، لما ذكرنا أن الإشهاد على الحائط إشهاذ على النقض، ورفع النقوض[3] عن الطريق يكون إلى صاحب الحائط[4]، لأنه ملكه.

ولو أشهد عليه في النقض فلم يرفع، كان ضامنا، فكذا إذا أشهد على الحائط، والإشهاد عليه إشهاد على النقض[5]، لأنه من أجزائه، وقد صار شاغلا هواء الغير بجميع أجزائه.

ومن عثر بالقتيل فهلك، فدمه هدر، لأن رفع القتيل لا يكون إلى صاحب الحائط بل يكون[6] إلى أوليائه[7]، والإشهاد على الحائط لا يكون إشهادا على القتيل، لأنه ليس من أجزاء الحائط[8]، فيظهر حكم جنايته في حق من عطب بالحائط ونقضه، لا يظهر[9] في

(١) في (ج) و (د): "ولو".

(٢) في (ج) و (د): "الطريق".

(٣) في (ج) و (د): "النقض".

(٤) «الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٧. وشرح «فتح القدير»: ١٠/ ٣٥٠.

(٥) «الهداية مع فتح القدير» ١٠/ ٣٥٠، و«ردّ المحتار على الدر المختار» ٥/ ٤٢٦.

(٦) "يكون" ساقط من (ج) و (د).

(٧) شرح «فتح القدير» ١٠/ ٣٥٠، و«الفتاوى الخانية» ٣/ ٤٦٧.

(٨) في (ج) و (د): "أجزائه".

(٩) "يظهر" ساقط من (ج) و (د).

حق غيره، ومن شرط تحقيق الجناية في الحائط قيام القدرة على التفريغ والإشهاد ليصير جانيا بالترك[١]، ولم يوجد.

وعن أبي يوسف رحمه الله: إذا أشرع كنيفا فوقع على إنسان، فقتله، ضمن، وإن عطب إنسان بنقض الكنيف[٢] بعد سقوطه لا يضمن، لأن الخشبة انتقلت عن موضع الجناية إلى موضع آخر، فلا يضمن، كمن وضع شيئا في الطريق فزال عن موضعه إلى موضع أخر[٣]، لا يجب على الواضع ضمان ما تولّد منه بعد زواله عن موضعه، والصحيح ما ذكرنا، لأن وقوع النقض في هذا الموضع حصل بفعله فيضمن[٤].

ولو كان جناحا أخرجه، أو كنيفا فسقط، فأتلف إنسانا، ثم عثر رجل بنقض الجناح[٥]، ورجل بالقتيل فعطبا، فدية[٦] القتيلين على عاقلة صاحب الجناح، لأن إشراع الكنيف ونحوه بمنزلة مباشرة الجناية[٧]، لأنه تَعَدٍّ في نفسه، ولهذا لا يشترط فيه[٨] الإشهاد، فيجعل كأنه ألقى القتيل على الطريق، ومن ألقى شيئا في الطريق، كان ضامنا لما

---

(١) «الهداية مع فتح القدير» ١٠/ ٣٤٩.

(٢) "الكنيف" ساقط من (ج) و (د).

(٣) قوله: "إلى موضع آخر" ساقط من (ج) و (د).

(٤) «الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٧.

(٥) "الجناح" ساقط من (ج) و (د).

(٦) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "فدم القتيلين".

(٧) «الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٧.

(٨) "فيه" ساقط من (ج) و (د).

عطب به[١]، وإن لم يملك تفريغه، أما ضمان الحائط[٢] ضمان ترك التفريغ[٣]، فلا يتحقق إلا فيما له ولايه التفريغ عند الإشهاد[٤] حائط سقط قبل الإشهاد، فأتلف شيئا، لا يضمن، لما ذكرنا.

فإن أشهد عليه في رفع النقض؛ فلم يرفع حتى عثر به إنسان أو دابة، وعطبت كان ضامنا[٥].

ولو أشهد عليه في حائط مائل، فوقع هذا الحائط على حائط صحيح لرجل، وهدمه، ووقع المهدوم على رجل، فقتله، فدية القتيل على عاقلة المشهود عليه، لأنه صار جانيا بترك التفريغ، وصار كأنه ألقاه على الحائط الثاني.

وصاحب الحائط المهدوم بالخيار، إن شاء ضمّنه قيمة الحائط، والنقض للضامن[٦]، وإن شاء أخذ النقض، وضمّنه النقصان، لأن الحائط المهدوم هالك من وجه قائم من وجه، فإن شاء مالَ إلى جانب الهلاك، وضمّنه كل القيمة، وإن شاء مالَ إلى جانب القيام، وضمنه النقصان[٧]، كما لو ذبح الشاة المغصوبة وغير ذلك، وذكر في الكتاب: وإن شاء

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٢.

(٢) في (ج) و (د): "ضمان الجناية". وما ثبت أصح.

(٣) «الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٧.

(٤) في (ج) و (د): "وقت الإشهاد".

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٠، و«الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٧.

(٦) قوله: "وصاحب الحائط المهدوم بالخيار، إن شاء ضمّنه قيمة الحائط، والنقض للضامن" ساقط من (ج) و (د).

(٧) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٩.

أخذ النقض، وليس له شيء غير ذلك، يعني لا يجبره على البناء[١].

ومنهم من قال: إذا أخذ النقض لا يضمنه النقصان؛ لأنه خُيِّر بين شيئين، فإذا اختار أخذ النقض صار مبرئا عن الضمان.

فإن لم يختر شيئا حتى عطب إنسان بنقض الحائط الثاني فهو هدر[٢]؛ لأنه لم يوجد الإشهاد على الثاني، وصاحب الحائط الأول لايملك رفع نقض الثاني فكان هدرا ضرورة، حتى لو كان الحائط الثاني ملك صاحب الأول فضمان من هلك بالثاني[٣].

ومن عثر بنقضه، وهلك يكون على عاقلة المشهود عليه[٤]؛ لأنه يملك رفعه عن الطريق، فكما يصير جانيا بترك نقض الحائط الأول بعد الإشهاد يصير جانيا بترك نقض الحائط الثاني، لأنه ترك بعض ما يؤدي إلى التلف بعد التمكّن[٥] من النقض، فيضمن.

وإن اختار صاحب الحائط المهدوم تضمين الأول، وترك النقوض عليه، فعطب إنسان بنقض الحائط الثاني كان هدرا أيضا[٦]، لأنه لا وجه لوجوب الضمان على الثاني؛ لأنه لم يوجد الإشهاد عليه، ولا وجه لإيجاب الضمان على الأول، وإن ملك النقوض بالضمان؛ لأنه ملك النقض بسبب حادث بعد الإشهاد، فلا يظهر فيه أثر الإشهاد، فلا

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٩.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٩.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٩.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٩، و«الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٧.

(٥) في (ج) و (د): "ما تمكن".

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٩.

يضمن إلا أن يشهد عليه في رفع ذلك إشهادا مستأنفا.

ولو أشهد عليه في حائط مائل له لا يخاف أن يقع على الطريق، لكن يخاف أن يقع على حائط صحيح له، فيقع ذلك الحائط على الطريق، فلم يقع المائل لكن وقع الصحيح بنفسه على رجل فقتله، أو وقع على الطريق فعثر إنسان بنقضه، فعطب كان هدرا[1]، لأنه لم يوجد الإشهاد على الصحيح لخوف سقوطه بنفسه، وإنما وجد الإشهاد عليه تبعا لخوف سقوط الأول عليه، فإذا سقط بنفسه صار كأنه سقط من غير إشهاد حتى لو سقط بسقوط الحائط الأول عليه، كان ضامنا لحصول التلف من الوجه الذي أشهد عليه.

وكذلك حائطان مائلان إلى الطريق لرجلين[2]، فأشهد عليهما، ثم وقع أحدهما على الآخر، وطرحه على رجل فقتله، كان ذلك على عاقلة الأول خاصة؛ لأن الإشهاد على الحائط المدفوع إنما كان احترازا عن وقوعه بنفسه، ولم يوجد، فصار الأول دافعا للثاني فيضمن الأول.

ومن عثر بالمدفوع بعد قراره على الأرض فهلك، كان هدرا[3]؛ لأن صاحب الدافع لا يملك رفع المدفوع، ولم يوجد الإشهاد على صاحب المدفوع من هذا الوجه، فكان هدرا ضرورة، ويجعل وقوع الأول على الثاني كمباشرة طرأت على التسبيب، فيبطل حكم الإشهاد.

ولو أشرع كنيفا أو جناحا إلى الطريق الأعظم، فوقع على حائط رجل قد أشهد

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٩-٤٠.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٩-٤٠.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٩-٤٠.

عليه، وطرح الحائط على إنسان فقتله، وعثر بالمطروح إنسان فعطب، يضمن صاحبه جميع ذلك[1]؛ لما ذكرنا أن إشراع الكنيف والجناح مباشرة الجناية[2]، كأنه ألقاه بيده على الحائط، وشغل الطريق بنفسه، فيضمن جميع ذلك، وإن[3] كان لا يملك رفعه[4].

عبد لرجل نام، أو جلس في الطريق، فأعتقه مولاه، ثم عثر به إنسان، وعطب، كان ديته على عاقلة المولى[5]، لأن النوم والقعود فعل يستدام، ولهذا يصح توقيته، والدوام على ما يستدام بمنزلة الإنشاء، فإذا مكث من غير مانع صار كأنه جلس بعد العتق، ولو جلس بعد العتق فعطب به إنسان كانت الدية على عاقلته، وعاقلته عاقلة مولاه، كذلك هنا.

ولو كان العبد يمشي في الطريق، فعثر وانكسر رجله أو اندقت عنقه وصار لا يقدر على أن ينزح عن مكان ثم أعتقه مولاه ثم عثر[6] به إنسان، فعطب كان على المولى قيمته لورثة القتيل، لأن مشيه في الطريق كان مباحا بشرط السلامة، ولهذا لو وطئ شيئا من ملك الغير ضمن. فإذا عثر، وسقط صار جانيا بشغله طريق المسلمين بأصل الفعل لا بالدوام عليه لسقوط اختياره، وإذا لم يصر جانيا بعد العتق، وجنايته قبل العتق توجب الدفع أو الفداء، فإذا أعتقه، تعذّر عليه الدفع على وجه لم يصر مختارًا للفداء لعدم الجناية

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٩- ٤٠.

(٢) «الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٧.

(٣) ما أثبتناه في (ج) و (د)، وفي الأصل: "فإن كان ولا معنى له".

(٤) «الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٧.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٣.

(٦) قوله: "وانكسر رجله إلى ثم عثر" ساقط من (ج) و (د).

يوم الإعتاق[1]، فكان عليه قيمته.

كما لو وضع حجرا في الطريق، أو حفر بئرا في الطريق، ثم أعتقه مولاه، ثم عطب إنسان بالحجر، كان على المولى قيمته[2] لما قلنا، كذلك هنا.

ولو أوقف العبد دابةً في الطريق، ثم أعتقه مولاه، فلم يحوّل الدابة حتى عطب بها إنسان، كان على المولى قيمته[3]، لأنه صار جانيا بإيقاف الدابة في الطريق، وبعد العتق لم يبق له ولاية تحويل دابة المولى بغير أمره، فلا يصير جانيا بعد العتق، وجنايته قبل العتق توجب الدفع أو الفداء، فإذا أعتقه على وجه لم يصر مختارا للفداء كان عليه قيمته، كما في المسألة المتقدمة.

ولو أن رجلا قَمَط[4] عبدا لغيره، وألقاه في الطريق، فأعتقه مولاه، ثم عثر به رجل، ومات، كانت الدية على عاقلة القامط والرامي[5]، لأن إلقاء العبد في الطريق على الوجه الذي لا يقدر على البراح، وإلقاء الحجر سواء.

ولو أجلسه في الطريق من غير قِمَاط[6]، ثم أعتقه مولاه، فلم يتحوّل عن ذلك

---

(١) في الأصل "الارتعان" وما أثبتناه من (ج) و (د).

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٧.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٣.

(٤) قَمَطَ الصغيرَ بالقِماط قَمطا: إذا شدّ يديه ورجليه بحبل، وأصل القمط: الشدّ، يقال: قمَط الأسيرَ أو غيره: جمع يديه ورجليه بحبل. «المصباح المنير» ٢/ ٥١٦، «المغرب» ٢/ ١٩٥.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٣.

(٦) القِماط: خرقة عريضة يُشدّ بها الصغير أو الأسير، وجمعه: قُمُط، وفي «المغرب»: "القماط"

المكان حتى عثر به إنسان، ومات، كانت الدية على عاقلة المولى[1]، لأن دوامه بعد العتق مع القدرة على البراح بمنزلة ابتداء الجناية، فينفسخ به حكم جناية الأجنبي، وجنايته بعد العتق توجب الدية على عاقلته، وعاقلته عاقلة مولاه.

سِفل لرجل، وعلوه لآخر، وهما مائلان، فأشهد عليهما، فسقط السفل، ورمى بالعلو على إنسان فقتله، فدية القتيل تكون على عاقلة صاحب السفل[2]، ويضمن صاحب السفل قيمة العلو، لأن العلو مدفوع، فما تلف به يكون مضافا إلى الدافع.

فإن عثر إنسان بنقض العلو، كان هدرا[3]، لما قلنا في الحائطين، ومن عثر بنقض السفل فديته على عاقلة صاحب السفل[4] لما قلنا.

حائط مائل أشهد على صاحبه، فوضع صاحبه أو غيره عليه جَرّة[5] فسقط الحائط، ورمى بالجرة، فأصابت إنسانا فقتلته، كان ذلك على عاقلة صاحب الحائط[6]، لأن الجرّة مدفوعة، فما تلف بها يضاف إلى صاحب الحائط.

هو الحبل الذي تُشدّ به قوائم الفرس، والخرقة التي تلفّ على الصبي إذا شدّ في المهد. انظر «المصباح المنير» ٢/ ٥١٦، «المغرب» ٢/ ١٩٥.

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٣.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٠.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٠.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٠.

(٥) «الجَرّة» بالفتح: إناء معروف، والجمع: جِرار، وقيل: هو كل شيء يصنع من مدَر. انظر «المصباح المنير» ١/ ٩٦، «المغرب» ١/ ١٣٨.

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٩.

ولو عثر بالجرة إنسان، وهلك كان هدرا، ولو كانت الجرة ملكا لصاحب الحائط كان عليه ضمان من عثر بها[1].

وعن أبي يوسف: إذا وضع جرةً على حائطه، فسقط على رجل، وأتلفه لا يضمن، لأن الجرة انتقلت عن موضعها، وهو في الوضع لم يكن متعديا، فلا يضاف ما تلف بها إلى أحد[2].

وعنه أيضا: لو مرّ رجل في ملكه، أو ملك غيره، وهو يحمل نارا، فوقعت شرارة من ناره على ثوب إنسان فأحترق، كان ضامنا[3]، لأنه لم يتخلّل بين حمل النار وبين سقوطه واسطة، فلا ينقطع حكم فعله، ويجعل كأنه أسقطه على ثوب الغير.

ولو طارت الريح بشرر النار، وألقته على ثوب إنسان لا يضمن[4]، لأن الإحتراق حصل بفعل الريح لا بفعله، وهو لم يكن متعديا في حمل النار، فلا يضاف التلف إليه.

ولو مرّ رجل، وهو يحمل حملا، فوقع الحمل على إنسان فأتلفه، ضمن[5]؛ لأنه أثر فعله.

ولو عثر إنسان بالحمل، وعطب ضمن أيضا[6]؛ لأنه هو الذي وضع الحمل في

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٩.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٩. وقال: كذا في الفصول العمادية.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٣. نقلا عن «النوادر» لابن سماعة.

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٣، نقلا عن «فتاوى قاضي خان».

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٣، نقلا عن «فتاوى قاضي خان».

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٣، نقلا عن «فتاوى قاضي خان».

الموضع الذي وقع؛ فلم ينقطع أثر فعله.

هذه زوائد ذكرها في «النوادر» عن أبي يوسف، عدنا إلى الأصل[1]، قال:

حائط مائل لصغير أشهد على أبيه، أو وصيه، فلم ينقضه حتى سقط، وأتلف إنسانا كانت الدية على عاقلة الصبي[2]؛ لأن الإشهاد عليهما، وهما يملكان النقض بمنزلة الإشهاد على المالك، وهو كبير.

فإن مات الأب أو الوصيّ بطل الإشهاد حتى لو سقط بعد ذلك، وأتلف شيئا كان هدرا[3]، لأنه زالت ولايتهما بالموت، والإشهاد عليهما بمنزلة الإشهاد على المالك حكما ما دام لهما ولاية النقض، فإذا لم تبق، ولم يوجد الإشهاد على المالك حقيقةً صار كأنه لم يكن.

وكذا لو بلغ الصغير بطل الإشهاد، لأن بلوغه في إبطال ولايتهما بمنزلة الموت.

ولو أشهد على الصبي بعد البلوغ، كان ضامنا لما عطب لوجود الإشهاد على من يملك النقض[4]، ولو أشهد على الأب، ثم مات الصبي قبل البلوغ، وورثه الأب، فسقط الحائط على إنسان، فأتلف كان هدرا، لأن الإشهاد على الأب قبل البلوغ كان إشهادا على

---

(١) يقصد أصل هذا الشرح، وهو كتاب «الزيادات».

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٨، وهذا عندما أشهد على الصبي بعد البلوغ إشهاداً مستأنفاً، وإلا فقبل البلوغ يكون الضمان على نفس الصبي، كما ذكر في نفس المرجع ٦/ ٣٧.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٨، وانظر كلتي المسألتين في الفتاوى الخانية ٣/ ٤٦٤ - ٤٦٥، وكذا في الجوهرة النيرة ٣/ ١٧٩.

(٤) «الفتاوى الخانية» ٣/ ٤٦٤.

الصبي[1]، وملك الصبي زال بالموت، وانتقل[2] إلى الأب، ولم يوجد الإشهاد على الأب بطريق الأصالة، فصار كان لم يكن.

ولو أشهد[3] على رجل عاقل بالغ في حائط له مائل، ثم جنّ جنونا مطبَقا[4]، أو ارتدّ ـ والعياذ بالله ـ ولحق بدار الحرب، وقضى القاضي[5] بلحاقه، ثم أفاق المجنون، وعاد المرتدّ مسلما، وردّت عليه دارُه، ثم سقط الحائط، وأتلف شيئا، كان هدرا، لأن اعتراض هذه العوارض في إبطال الولاية بمنزلة الموت، كما في الوكالة، والإذن في

---

(١) «الفتاوى الخانية» ٣/ ٤٦٥.

(٢) "الملك" ساقط من (ج) و (د).

(٣) «الفتاوى الخانية» ٣/ ٤٦٤.

(٤) الجنون: «هو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادرا»، والجنون على قسمين:

١ـ الجنون المطبِق، بكسر الباء، أي الممتدّ والدائم، ومنه الحمى المطبقة: أي الدائمة التي لاتفارق ليلا ولا نهارا، والامتداد عبارة عن تعاقب الأزمنة، وليس له حدّ معين فقدروه بالأدنى، وهو أن يستوعب الجنون وظيفة الوقت، وهو اليوم والليلة في الصلاة وجميع الشهر في حق سقوط الصوم. ولذا قالوا في المجلة: "المجنون المطبَق": هو الذي يستوعب جنونه جميع أوقاته، و"المجنون غير المطبق" هوالذي يكون في بعض الأوقات مجنونا، ويفيق في بعضها. المادة: ٩٤٤. أما في حق التصرفات فالقول المفتى به هو تحديده بالشهر، كما صرّح به قاضي خان وابن عابدين. راجع «الكليات» ص ٣٥٠، «ردّالمحتار» ١/ ٥١٦، «فتح القدير» ٦/ ١٢٦، «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ٩/ ٥٨٥.

(٥) "القاضي" ساقط من (ج) و (د).

التجارة وغيرهما. وبعد ما بطل الإشهاد لا يعود أبدا.

وكذا لو[1] بيعت الدار بعد الإشهاد، ثم ردّت عليه بعيب بقضاء، أو بغير قضاء، أو بخيار رؤية، أو بخيار الشرط للمشتري، ثم سقط الحائط كان هدرا لما قلنا، فإن كان[2] خيار الشرط للبائع لا يبطل الإشهاد، لأنه لا يزول ملك البائع[3] وولايته، وإشراع[4] الكنيف والجناح لا يبطل بشيء من ذلك لما قلنا.

ـ والله أعلم ـ[5]

(١) «الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٤.

(٢) «الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٤.

(٣) "البائع" ساقط من (ج) و (د).

(٤) «الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية» ٣/ ٤٦٤.

(٥) "والله أعلم" ساقط من (ج) و (د).

باب من الجناية التي يقرّ فيها بالعمد فيجب القصاص أو لا يجب

بنى الباب على أصل عُرف غير مرّة أن تكذيب[1] المقرّ في بعض ما أقرّ لا يُبطل إقرارَه بما بقي، وتكذيب الشاهد في بعض ما شهد به يُبطل شهادته فيما بقي، لأن التكذيب تفسيق، وشهادة الفاسق[2] مردودة، وإقراره صحيح.

قال محمد رحمه الله: شاهدان شهدا لرجل أن هذا الرجل قتل وليّه عمدا بالسيف، وأقرّ رجل آخر أنه هو الذي قتله وحده عمدا بالسيف، وقال المشهود له: قتلتماه جميعا، كان له أن يقتل المقرّ، وشهادة[3] الشهود على الآخر باطلة، أما بطلان الشهادة؛ فلأنهما شهدا عليه بالقصاص والقتل على وجه التفردّ، والوليّ ادّعى القصاص والقتل بصفة الاجتماع والشركة، فصار[4] مكذبا لهما في بعض ما شهدا به، فبطلت شهادتهما.

كما لو شهدا بالقتل بآلة غير ما يدعيه المدّعي، وكما لو ادّعى ألفا من ثمن بيع، وشهد الشهود بألف من قرض.

ولهذا لو ادعى القتل الخطأ على رجلين[5]، فشهد[6] على أحدهما أنه قتله وحده،

(١) «فتح القدير» ١٠/ ٢٨٩.

(٢) «ردّ المحتار على الدر المختار» ٥/ ٤٠٤ - ٤٠٥.

(٣) «الفتاوى الهندية»: ٦/ ١٩، كذا في الهداية.

(٤) في (ج) و (د): "فكان".

(٥) «ردّ المحتار على الدر المختار» ٥/ ٤٠٥.

(٦) "الشهود" ساقط من (ج) و (د).

لا تقبل كذلك في العمد[1]، وله أن يقتل المقرّ، لأنه يدعي القصاص على المقر[2] والقتل على وجه[3] الاجتماع، وهو أقرّ على نفسه بالقصاص، والقتل بصفة التفردّ، فكان مكذبا له في بعض ما أقرّ، وفي سببه وتكذيبه في بعض ما أقرّ لا يبطل إقراره بالباقي.

كما لو ادّعى ألفا من قرض فأقرّ المدّعي عليه بألف من ثمن بيع، فلهذا كان له أن يقتله قصاصا، وكذا لو[4] لم يكن له بينة، له أن يقتل المقرّ. وكذا لو كان القتل خطأ يقضي[5]، له بنصف الدية على المقرّ.

ولو وجد المقتول مقطوع اليدين[6]، فقال وليه[7]: قطع فلان يده اليمنى عمدا، وفلان آخر يده اليسرى عمدا، فمات منهما، وقال صاحب اليسرى: أنا قطعت يده اليسرى وحدي عمدا فمات منها[8]، وأنكر الآخر، كان له أن يقتل المقرّ، لأنه صدقه في وجوب القصاص، وكذبه في البعض.

ولو قال الولي[9]: قطع فلان يده اليسرى عمدا، ولا أدري من قطع اليمنى، فلا

---

(١) "كذلك في العمد" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "عليه".

(٣) في (ج) و (د): "بصفة".

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٩.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٩.

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٢٠.

(٧) في (ج) و (د): "الولي".

(٨) في الأصل "منه" وهو خطأ أثبتناه من (ج) و (د).

(٩) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٢٠.

شيء له على المقرّ من قصاص ولا دية؛ لأن الوليّ لما جهل الثاني يحتمل أن يكون الثاني صبيّا أو مجنونا أو مَن لا يجب القصاص عليه، فأورث ذلك شبهة في حق المقرّ، فإذا تعذّر[1] إيجاب القصاص لمعنى من جهة الوليّ بطل أصلا، كما لو ادعى الوليّ الخطأ، فأقرّ القاتل بالعمد.

ولو قال الوليّ: قطعتَ أنت[2] يده اليسرى عمدا، وقطع فلان يده اليمنى عمدا، ومات منهما، وقال صاحب اليسرى: أنا قطعت يده اليسرى عمدا، ولا أدري من قطع اليمنى، فعلى المقرّ نصف الدية في ماله، أما لا قصاص عليه؛ فلأنه لما جهل الشريك، فقد ادعى شبهة في القصاص لما بينا فلا يقتل، ويقضى بنصف الدية، لأنه تعذّر استيفاء[3] القصاص لمعنى من جهة القاتل فيقضى بالمال.

وإنما يقضى بنصف الدية؛ لأن الوليّ لما ادعى القتل على رجلين، فقد ادعى على كل واحد منهما نصف الدية عند السقوط، ويكون في ماله، لأنه وجب بإقراره كما لو ادعى[4] العمد فأقرّ بالخطأ، وقد ذكرنا فيه القياس والاستحسان في الأبواب المتقدمة.

ولو قال الوليّ: أنتَ قطعت وحدك عمدا[5]، فقال المدّعي عليه: أنا قطعتُ يده اليسرى عمدا، ولا أدري من قطع رجله، يقضى عليه بالدية استحسانا، لأنه يدعي عليه القودَ بالقتل على وجه التفردّ، وهو أقرّ على نفسه بالقتل، وادعى الشبهة، فيقضى بالدية.

---

(١) «الجوهرة النيرة شرح القدوري»: ٢/ ١٥٥.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٢٠.

(٣) "استيفاء": ساقط من(ج) و (د).

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٩.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٩.

رجل ادّعى أن فلانا[1] شجّ وليّه موضحة عمدا، فمات منها، وأنكر المدّعي عليه، فأقام المدعي شاهدين[2]، فهو على وجوه: إن شهدا أنه شجّه موضحة عمدا، وبرأ منها[3]، ثم مات بعد ذلك[4]، فإنه يقضى بالموضحة، والقصاص فيها، لأن الوليّ ادعى الموضحة والسراية، الشهود[5] شهدوا[6] بالموضحة، فإنما شهدا ببعض ما ادعاه المدعي فيقضي له بالشجة[7].

وكذا لو شهد[8] أحدهما بالموضحة والسراية، والآخر بالموضحة والبرء منها لأن الولي ادعى الموضجة والسراية وقد شهد بالموضحة[9]، وتفردّ أحدهما بالزيادة، فيقضى بما اتفقا عليه الشاهدان.

فإن قيل: وجب أن لا يقضى بشيء في قول[10] أبي حنيفة، لأن عنده الشجة عند اتصال السراية تصير قتلاً حتى يبطل العفو عن الشجة.

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٧.

(٢) في (ج) و (د): "البينة".

(٣) "منها" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٥) في (ج) و (د): "وهما".

(٦) في (ج) و (د): "شهد".

(٧) قوله: "فيقضي له بالشجة": ساقط من (ج) و (د).

(٨) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٧.

(٩) من قوله: "لأنّ الولي" إلى قوله: "شهد بالموضحة" ساقط من (ج) و (د). وفيهما: لأنهما توافقا على الموضحة.

(١٠) في (ج) و (د): "عند".

قلنا: قال بعضهم: هذا قولهما، لا قول أبي حنيفة[١]، ولئن[٢] كان هذا قول الكل إلا أن المدعي لا يستغني عن دعوى الشجة حتى يمكنه دعوى السراية، فيشهد له الشهود بذلك، فدعوى السراية لا يُعدم ذكر الشجة، فلهذا جازت الشهادة على ما اتفقا عليه، ويقضى بحكمه، كما لو كانت الموضحة خطأ، فشهدوا بالموضحة[٣] والبرء، يقضى له بخمسمائة درهم، وإن كان المدّعي يدعي عشرة آلاف درهم.

وكذا لو شهدا بالموضحة عمدا[٤]، وقالا: لاندري إنه مات منها[٥] أو برأ، يقضى له بالقصاص في الموضحة، لأنهما شهدا بالموضحة، ولم يشهدا بالسراية.

ولو كان[٦] الوليّ يدعي أنه شجّه موضحة، فبرأ منها، فشهد أحدهما بذلك، والآخر أنه مات منها، كانت باطلة[٧]، لأنه كذّبه في بعض ما شهد به، فبطلت.

ولو ادعى[٨] الوليّ سببا لا يعقله العاقلة نحو السمحاق[٩] والباضعة خطأ، وادعى

(١) في (ج) و (د): "قوله".

(٢) في (ج) و (د): "وإن".

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٢٣.

(٤) حاشية «ردّ المحتار على الدر المختار» ٥/ ٤١٢.

(٥) في (ج) و (د): "منهما".

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٢٣.

(٧) في (ج) و (د): "لا تقبل".

(٨) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٨٧، ص ١٧.

(٩) والسمحاق: شجة تصل إلى الجلد الرقيق التي تكون فوق عظم الرأس ولا تصل إلى العظم، والواجب فيها حكومة عد، وتكون ذلك في خال الجاني لأن العاقلة لا تعقل ما دون الموضحة.

أنه مات، الشهود[1] بالبرء، قبلت شهادتهما، ويقضى له بأرش السمحاق في مال الجاني، وإن كان المدعي يدعي الدية على العاقلة، لأنه يدعي السمحاق مع السراية، ويدعي وجوب المال على الجاني أيضا، لأن العاقلة يتحملون عنه، فلهذا جازت شهادتهم.

وكذا لو ادعى الموضحة مع السراية عمدا على المرأة أو خطأ، الشهود بالموضحة والبرءي يقضى بأرش الموضحة، لأنه لا قصاص[2] بين الرجل والمرأة في الطرف.

وكذا لو كان القتيل[3] عبدا فادعى مولاه الموضحة مع السراية عمدا، والشهود[4] بالبرء، فإنه يقضى بأرش الموضحة، لأن القصاص[5] لا يجرى في العبد في الطرف. وإن كان المولى يدعى القصاص في النفس، ومع ذلك، جازت شهادتهم لما قلنا.

أوضح بهذه المسائل أن المخالفة على هذا الوجه لا تمنع قبول الشهادة على أصل الفعل.

ـ والله أعلم ـ[6]

[كذا في هامش النسخة الأصلية: ٣٦١].

(١) "الشهود": ساقط من (ج) و (د).

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٩.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٩.

(٤) "الشهود": ساقط من (ج) و (د).

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٧.

(٦) "والله أعلم": ساقط من (ج) و (د).

باب أمر الصبي الحر وأمر العبد المحجور بالجناية مايلزم من ذلك ومالا يلزم

بنى الباب على أصلين:

أحدهما: أن غصب الصبي الحر إذا اتصل به التلف بما يمكن الاحتراز عنه في الجملة[1] سبب للضمان بمنزلة الجناية عليه، لأن الصبي محفوظ بغيره لا بنفسه[2]، فقطعُ يدِ الحافظ عنه يكون تسبيبا للتلف، فيلحق بالجناية عليه[3].

والثاني: أن فعل الحر البالغ لا ينتقل إلى غيره بمجرّد الأمر إذا لم يكن مكرها.

وفي الباب فصول أربعة: فصل في الحر البالغ، وفصل في العبد، وفصل في الصبي الحر، وفصل[4] في المكاتب.

---

(١) قوله: "بما يمكن الاحتراز عنه في الجملة"، فلايضمن الغاصب إذا كان التلف مما لايمكن التحرز منه، مثل ما ذكره الإمام محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: رجل غصب صبي حرا، فمات في يده فجأةً أو بحمّى، فليس عليه شيء. ص ١١٩، وذكره أيضا العلامة الاستروشني في «جامع أحكام الصغار» فليرجع ٤/ ١١.

(٢) قال الاستروشني: "بخلاف الصغير، لأنه لايمكنه حفظ نفسه على ما مرّ. «جامع أحكام الصغار» ٤/ ١٦.

(٣) لقد ناقش الإمام السرخسي والاستروشني هذه المسألة مفصلا، راجع «المبسوط» ٢٦/ ١٨٥ - ١٨٧، و «جامع أحكام الصغار» ٤/ ١١ - ١٦.

(٤) كلمة: "فصل" في جميع هذه المواضع ساقط من (ج) و (د).

وكل ذلك على وجوه: إما إن كان المأمور صبيا حرا، أو عبدا، أو مكاتبا.

أما الفصل الأول قال [محمد رحمه الله][1]:

رجل أمر صبيا حرا ليقتل رجلا، فقتله، فالدية على عاقلة الصبي، ثم ترجع عاقلة الصبي بذلك[2] على عاقلة الآمر في ثلاث سنين[3].

أما وجوب الدية[4] على عاقلة الصبي؛ لأنه قتل شخصا معصوما، والقتل كما يتحقّق من البالغ يتحقق من الصبي، وعمد الصبي[5] وخطأه سواء[6]، لنقصان قصده، فيكون على العاقلة، كما لو قتله ابتداءً لا بأمر غيره، ويرجع عاقلة الصبي على عاقلة

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، أثبتناه من (ج) و (د).

(٢) قوله: "عاقلة الصبي بذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٣) كذا في «الفتاوى الهندية» نقلا عن «خزانة المفتين» ٦/ ٣٠ ، ٨٦.
وهذا حكم عام في التصرفات الجنائية والمدنية، فلو أمر رجل صبيا باستهلاك مال انسان، حيث يضمن الصبي، ثم يرجع على الآمر، قال قاضي خان في فتاواه: ولو أمر صبيا بشيئ فلحقه صبيا، كان لولي الصبي أن يرجع على الآمر. «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٤٥٦، وانظر «جامع أحكام الصغار» ٢/ ١٤٩.

(٤) في (ج) و (د): "أما الدية".

(٥) "الصبي" ساقط من (ج) و (د).

(٦) قال الاستروشني: وعمد الصبي وخطؤه سواء عندنا، وتجب الدية في الحالين، وتكون في ماله في فصل العمد، لأن العاقلة لاتعقل العمد. «جامع أحكام الصغار» ٤/ ٦٥، ٥٢، و انظر: «المبسوط» ٢٦/ ٨٦، مختصر الطحاوي ص ٢٢٩، «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣-٤.

الآمر[1].

[وأما الرجوع][2]؛ لأن الصبي يتحامى عن القتل عادة، ولا يتجاسر عليه، فإنما أقدم على القتل بأمره، فكان الأمر تسبيبا، والتسبيب بصفة التعدي ملحق بالمباشرة في إيجاب الضمان عليه، كما في حافر البئر، فإذا لحقهم الغرم بأمره يرجعون بذلك عليه.

وليس في هذا إيجاب الضمان على المتسبب مع المباشر، لأن ذلك إنما لا يجوز في ضمان واحد، أما في ضمانين مختلفين فلا، وهنا ضمان القتل يجب على عاقلة المباشر، ثم ترجع عاقلته على عاقلة الآمر بضمان آخر في ثلاث سنين[3].

كمن ربط بعيرا في قطار غيره، ولم يعلم به صاحب القطار، فقاد صاحب القطار الإبل، فوطئ البعير رجلا فقتله، تجب الدية على عاقلة صاحب القطار[4]، ثم ترجع عاقلته على عاقلة الرابط[5]، لما قلنا، ولأنه لما استعمله بالأمر صار غاصبا، فإذا لحقه حكم الجناية يرجع به على الغاصب، كالعبد المغصوب إذا جنى جناية يرجع مولاه بحكم الجناية على الغاصب[6].

ولا يقال: بأن الأمر جناية من حيث القول، فلا يجب على عاقلة الآمر، كما لو أقرّ بالقتل، وكما لو رجع الشهود عن الشهادة.

---

(١) قوله: "غيره، ويرجع عاقلة الصبي على عاقلة الآمر" ساقط من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٣) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٠، ٨٦.

(٤) في (ج) و (د): "على عاقلة الفائدة"، وهو خطأ.

(٥) انظر «فتاوى قاضي خان» ٣/ ٤٥٦، و«الفتاوى الهندية» ٦/ ٥٣.

(٦) «فتح القدير» ١٠/ ٣٩٥.

لأنا نقول: ذلك في قول يحتمل الصدق والكذب، والإقرار بالقتل قول يحتمل الصدق والكذب، فيكون متّهما في حق العاقلة، وكذلك الرجوع.

أما الأمر بالجناية لا تهمة فيه، فيكون على العاقلة، كمن أمر رجلا ليحفر له بئرا في فناء داره، فحفر، ووقع فيها إنسان ومات[1]، وجبت[2] الدية على عاقلة [الحافر، ثم عاقلته يرجعون على عاقلة][3] الآمر[4]، كذلك هنا.

والوجه الثاني من هذا الفصل:

لو أمر عبدا صغيرا أو كبيرا، أو مأذونا في التجارة[5] أو مكاتبا، أو محجورا عليه ليقتل رجلا خطأ، فقتل، يخاطب مولى المأمور بالدفع أو الفداء[6]، لوجود القتل حقيقة.

وحكم جناية العبد إذا لم تكن موجبة للقصاص ما قلنا[7]، خلافا لما قاله بعض الناس إنه يباع في الجناية، ثم يرجع المولى بالأقل من القيمة ومن دية المقتول[8] على الآمر في ماله حالا[9]، لأن العبد محل للغصب، والغصب إثبات اليد عليه، فإذا استعمله بأمره

---

(١) "ومات" ساقط من (ج) و (د).

(٢) كذا في (ج)، وفي الأصل: "كانت الدية".

(٣) ما بين المعكوفتين أضفناه من (ج) و (د).

(٤) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٥.

(٥) "في التجارة" ساقط من (ج) و (د).

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

(٧) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٥٤.

(٨) في (ج) و (د): "ومن الدية".

(٩) «المبسوط» للسرخسي، ٢٧/ ٥٢.

فقد أثبت يده عليه، فصار غاصبا.

ولهذا لو تلف في حالة الاستعمال كان ضامنا قيمته، والعبد الغصب إذا جنى جناية عند الغاصب، يخير مولاه بين الدفع والفداء لوجود القتل حقيقة، ثم يرجع بذلك على الغاصب كذلك هنا.

وإنما يرجع بالأقل؛ لأنه كان يتخلص عن الجناية بالأقل، فإنما لزمته الزيادة باختياره، فلا يرجع بالزيادة، ويرجع بالأقل[1]، ويرجع في ماله حالا.

[وإنما يرجع في ماله][2]، لا على العاقلة، لأن الواجب[3] ضمان الغصب، ولهذا سوّى بين الصغير، والكبير، والمأذون، والمحجور، لاستوائهم في حكم الغصب.

وضمان الغصب يكون في مال[4] الغاصب حالا في ماله بمنزلة ثمن البيع[5] وغيره، بخلاف ما إذا كان المأمور صبيا حرا؛ لأن ذلك ضمان جناية بطريق التسبيب، لا ضمان الغصب حقيقة، لأن الحر ليس محلاً للغصب إلا أن إثبات اليد عليه في حكم الضمان صار ملحقا بالجناية عليه، وضمان الجناية يكون على العاقلة[6].

والوجه الثالث من هذا الفصل:

لو أمر مكاتبا صغيرا أو كبيرا ليقتل رجلا فقتل، يجب على المكاتب قيمة نفسه، لأن

---

(١) انظر «المبسوط» للسرخسي، ٢٧/ ٥٢، و«الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٠.

(٢) ما بين المعكوفتين أضفناه من (ج) و (د).

(٣) "الواجب" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د): "يجب على الغاصب".

(٥) "البيع" ساقط من (ج) و (د).

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

جناية المكاتب إذا لم تكن موجبة للقصاص تكون في كسبه، يلزمه الأقل من أرش الجناية ومن قيمته، ولا يرجع بذلك على الآمر[1]، لأن الأمر جناية إثبات اليد، والمكاتب وإن كان صغيرا فهو في يد نفسه ملحق بالحر الكبير في ذلك[2]، وثبتت يده على نفسه بعقد الكتابة، فلا يتصور إثبات اليد عليه، ولهذا لو غصب مكاتبا صغيرا، وقرّبه إلى المهالك حتى عطب، لا يضمن[3].

ولو غصب صبيا حرا، وقرّبه إلى المهالك حتى نهَشته[4] حيّةٌ وما أشبه ذلك، كان على عاقلته دية الصبي استحسانا[5]، خلافا لزفر[6]، لأن الصبي الحر ليس في يد نفسه بل هو محفوظ بغيره[7]، بخلاف المكاتب الصغير.

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

(٢) قال السرخسي: "بخلاف المكاتب، لأنه في يد نفسه، صغيرا كان أوكبيرا" انظر «المبسوط» ٢٦/ ١٨٦.

(٣) المرجع السابق.

(٤) نَهَسَه الكلب: بالسين المهملة، ونَهَشَته الحيّة: بالشين المعجمة، نهشَه الكلب: عضّه بأن قبض على لحمه ومدّه بالفم. راجع المغرب ٢/ ٣٣٦، والمصباح المنير ٢/ ٦٢٨.

(٥) انظر «المبسوط» ٢٦/ ١٢٦، «جامع أحكام الصغار» ٤/ ١١، «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣٤.

(٦) وهو القياس، وجه قول الإمام زفر أن ضمان الغصب يختص بما هو مال متقوّم، والصبي الحرّ ليس بمال متقوم، فلا يضمن غاصبه بالغصب، كا لميتة والدم، والدليل على ذلك انه لو مات حتف أنفه لا ضمان على الغاصب اتفاقا. انظر «المبسوط» ٢٦/ ١٨٦، و«الهداية» ٤/ ١٥٨.

(٧) احتجّوا على زفر بأنه لا يضمن بالغصب، ولكن يضمن بالإتلاف، وهذا إتلاف تسببا لأنه نقله إلى أرض مسبعة، فصار ناقلا له من محل الأمان إلى غيره، كما أنه قصّر في حفظه، فصار متعديا، وبهذا صار ضامنا، وبيانه أن أزال يدا حافظة عنه في حال حاجته إلى الحفظ، ولم يقم

فإن كان الآمر عبدا، وهو الفصل الثاني من الباب فهو على وجهين:

إما إن كان مأذونا في التجارة، أو محجورا عليه.

فإن كان مأذونا في التجارة[1] وهو صغير أو كبير، فأمر عبدا صغيرا، أو كبيرا مأذونا، أو محجورا ليقتل رجلا، فقتل، يخاطب مولى المأمور بالدفع أو الفداء إذا لم يكن موجبة للقصاص، لما قلنا[2]، ثم يرجع مولى المأمور في رقبة الآمر بالأقل من الأرش ومن قيمة المأمور[3]، لأن المأمور إذا كان عبدا كان الآمر غاصبا، والعبد[4] المأذون أهل لوجوب ضمان الغصب، ويقول يجر إليه ضمان الغصب[5].

ولهذا لو أقرّ بغصب مال يلزمه، لأنه ضمان مبادلة، فيكون من التجارة، فلهذا سوّى بين ما إذا كان المأمور صغيرا أو كبيرا، مأذونا أو محجورا لاستوائهم في حكم الغصب.

وإن أمر بذلك[6] صبيا حرا تجب الدية عى عاقلته[7]، لما قلنا، ولا شيء على الآمر،

بحفظه بنفسه، فصار مسببا لإتلافه، وهو متعد في ذلك، لأنه ممنوع شرعا من إزالة يد حافظة عنه، فالدية على عاقلته، كحافر البئر. «الهداية» ٤/ ١٥٨ - ١٥٩، و«المبسوط» ٢٦/ ١٨٦.

(١) قوله: "في التجارة" ساقط من (ج) و (د).

(٢) سقط قوله: "إذا لم يكن موجبة للقصاص، لما قلنا" من (ج) و (د).

(٣) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

(٤) "والعبد" ساقط من (ج) و (د).

(٥) قوله: "ويقول يجر إليه ضمان الغصب" ساقط من (ج) و (د).

(٦) "ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٧) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

لأن الحر لا يكون محلا للغصب، فكان الواجب باستعماله في معنى ضمان الجناية عليه، وجناية العبد لو تحقق تكون على مولاه، ولا يكون على العبد[1]، ولا شيء على المولى هنا؛ لأنها جناية من حيث القول، والمأذون في الجناية بمنزلة المحجور، لأن الجناية ليست من التجارة، فلم يكن المأذون من أهل قول يجر إليه ضمان الجناية، ويظهر أثر الحجر في أقواله.

ولهذا لو أقرّ على نفسه بجناية لا توجب القصاص لا يلزمه شيء، لأن الإقرار بالجناية إقرار على مولاه، فبطل، ولا يلزمه شيء لا قبل العتق، ولا بعده، كذلك هنا.

هذا إذا كان الآمر عبدا مأذونا في التجارة[2]، فإن كان محجورا عليه، وهو صغير أو كبير، فأمر عبدا صغيرا، أو كبيرا مأذونا، أو محجورا ليقتل رجلا فقتل، يخاطب مولى المأمور بالدفع أو الفداء، ولا يرجع على مولى الآمر بشيء[3]، لأنه لو رجع عليه[4] إنما يرجع بحكم الأمر.

وقول المحجور باطل لا يوجب شيئا على المولى[5]، كما لو أقرّ بدين على نفسه، أو كفل بمال.

فإن عتق الآمر، فإن كان كبيرا وقت الأمر رجع عليه مولى المأمور بالأقل من قيمة

(١) في (ج) و (د): "لا عليه" مكان قوله: "ولا يكون على العبد".

(٢) "في التجارة" ساقط من (ج) و (د).

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

(٤) "عليه" ساقط من (ج) و (د).

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

المأمور ومن الأرش، لأنه كان محجورا في حق المولى[1]، فإذا زال حقه بالعتق ظهر أثر التزامه على نفسه، كما لو أقرّ بمال أو بغصب أو كفل بمال، بخلاف ما أقرّ بالجناية، لأن الإقرار بالجناية[2] إقرار على المولى، فلم يصح أصلا.

وإن كان صغيرا وقت الأمر لا يؤاخذ[3] به وإن عتق[4]، لأن الصغير[5] ليس من أهل الالتزام، فلا يؤاخذ بشيء[6] كما لو أقرّ على نفسه بالدين.

ولو كان الآمر صبيا حرا، وهو الفصل الثالث من الباب فهو على وجهين:

إما إن كان الصبي مأذونا في التجارة، أو محجورا.

فإن كان مأذونا[7]، فإن أمر عبدا صغيرا، أو كبيرا مأذونا، أو محجورا ليقتل رجلا فقتله خطأ، يخاطب مولى المأمور بالدفع أو الفداء لما ذكرنا[8]، ثم يرجع مولى المأمور بالأقل من قيمة المأمور ومن الفداء على الآمر في ماله، لأن الواجب باستعمال العبد ضمان غصب، والصبي المأذون أهل لوجوب ضمان الغصب حرا كان أو عبدا؛ لأنه ضمان تجارة.

---

(١) العبارة في (ج) و (د): "لأن الحجر لحق المولى".

(٢) قوله: "الإقرار بالجناية" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د) "لم يؤخذ".

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

(٥) في (ج) و (د): "الصبي".

(٦) في (ج) و (د)" به".

(٧) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٠.

(٨) "لما ذكرنا" محذوف من (ج) و (د).

ولو أمر بذلك صبيا حرا لا يلزم الآمر شيء[1]، لأن ما يجب بحكم الأمر بالجناية[2] ضمان جناية معنى، وأمر الصبي المأذون في ذلك وأمر الصبي المحجوب سوا[3]، لأن الإذن لا يظهر إلا في التجارة، ولهذا لو أقرّ على نفسه بجناية لا يصح.

هذا إذا كان الآمر صبيا مأذونا، فإن كان محجورا لا يجب على الآمر شيء من ضمان الجناية والغصب لفساد أمره.

ولو كان الآمر مكاتبا، وهو الفصل الرابع من الباب:

قال: [4]مكاتب أمر عبدا مأذونا، أو محجورا صغيرا، أو كبيرا ليقتل رجلا فقتل، فإن كان لا يجب فيه القصاص، يخاطب مولى المأمور بالدفع أو الفداء، ثم يرجع على المكاتب بقيمة المأمور، إلا أن يكون الأرش أقل من قيمته، لأن الواجب باستعمال العبد ضمان الغصب، والمكاتب أهل لوجود ضمان الغصب[5]، إلا أن تكون قيمة المأمور عشرة آلاف أو أكثر، فيرجع على المكاتب بعشرة آلاف إلا عشرة دراهم.

وفيه نوع إشكال: وهو أن الواجب لو كان ضمان الغصب ينبغي أن تجب قيمة المأمور بالغة ما بلغت كما في الغصب، ولو كان الواجب ضمان لجناية ينبغي أن تجب قيمة المكاتب لا قيمة المأمور، فإن المكاتب إذا جنى جناية لا توجب القصاص، كان عليه قيمته.

والجواب عنه: أن استعمال العبد في الجناية، وإن كان غصبا إلا أن ضمان الغصب

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٠.

(٢) "ما يجب بحكم الأمر بالجناية" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "ذلك وأمر الصبي المحجوب سوا" ساقط من (ج) و (د).

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

(٥) "لوجوب الضمان الغصب" ساقط من(ج) و (د).

فيه لا يتأكّد إلا[1] بالجناية، فيجب اعتبار الجناية فيه أيضا، كمن غصب عبدا، فقتل عنده رجلا خطأ[2]، ثم ردّه على المولى، ودفعه مولاه بالجناية، رجع المولى[3] على الغاصب بقيمة العبد[4]، فإن كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر يرجع عليه بعشرة آلاف إلا عشرة، كذلك ههنا.

وإن أمر المكاتب حرا صغيرا بالقتل[5]، وجبت الدية على عاقلة الصبي، ثم ترجع عاقلة الصبي على المكاتب بقيمة المكاتب[6] حالا، لأنه بالأمر صار جانيا على الحر، أو كالمقرّ بالجناية، وموجب جناية المكاتب قيمته في كسبه، لأنه في حكم الاكتساب[7] ملحق بالأحرار إلا أنه يقدر بقيمته؛ لأنه مملوك رقبة، ولو كان محلا للدفع يجب دفعه بالجناية، فإذا تعذّر دفعه قامت القيمة مقامه، وتكون حالاً، لأن القيمة خلف عن الرقبة، ولو وجب تسليم الرقبة يكون حالا فكذا خلفها.

والمكاتب الكبير والصغير فيه سواء، لأن المكاتب[8] الصغير ألحق بالحر الكبير لانقطاع ولاية المولى عنه، ولهذا لا يملك المولى تزويج مكاتبته الصغيرة.

---

(١) في (ج) و (د): "إنما يتأكد بالجناية".

(٢) «المبسوط» ٢٧/ ٢٥.

(٣) في (ج) و (د) "يرجع مولاه".

(٤) "العبد": ساقط من (ج) و (د).

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

(٦) "المكاتب" ساقط من (ج) و (د).

(٧) في (ج) و (د) "الإكساب" وما ثبت أولى.

(٨) "المكاتب" ساقط من (ج) و (د).

فإن عجز المكاتب[1]، وردّ في الرقّ، ينظر إن عجز قبل أن يقضي القاضي عليه بقيمته لعاقلة الصبي يبطل حق العاقلة أصلا، لأن القيمة لا تصير دَينا على المكاتب[2] بدون القضاء، فإذا عجز قبل القضاء صار كالعبد المحجور.

وحكم جناية العبد على المولى يخاطب بالدفع أو الفداء، وتعذّر إيجاب حكم هذه الجناية[3] على المولى، لأنه محجور، فبطل أمره[4] في حق المولى[5]، وإذا بطل في حق الوليّ بطل في حق العبد أيضا حتى لا يؤاخذ به بعد العتق، كما لو جنى جناية ثم أعتقه.

وإن كان بعد ما قضى عليه بقيمته، إن أدى كله أو بعضه إلى العاقلة سلم لهم ذلك، ويطل ما بقي، وإن لم يؤدّ شيئا يبطل حق العاقلة[6] في الحال حتى لا يطالب المولى بشيء، ويؤاخذ به العبد بعد العتق في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد لا يبطل حق العاقلة بل يؤاخذ به للحال.

أصل المسألة في «كتاب الديات»[7]: المكاتب إذا أقرّ بالقتل خطأ ثم عجز، إن كان قبل القضاء بطل، وإن كان بعده فعلى الخلاف:

---

(١) "المكاتب" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د) "عليه".

(٣) قوله: "حكم هذه الجناية" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د) " فبطل إقراره".

(٥) في (ج) و (د) "في حق الوليّ"، في كلا الموضعين.

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١ .

(٧) أي: كتاب الديات من "الأصل" للإمام محمد رحمه الله.

لهما[1]: أن القيمة صارت دينا بالقضاء، فلا تبطل بعوده إلى الرق[2] كضمان الغصب والاستهلاك.

ولأبي حنيفة: أنه لما بطلت الكتابة صار محجورا، والعبد[3] المحجور لا يؤاخذ بضمان الجناية.

فإن أعتقه المولى بعد العجز[4]، وبعد القضاء بالقيمة فعاقلة الصبي بالخيار، إن شاؤا ضمنوا المولى، لأنه أعتق عبدا مديونا، وإن شاؤا ضمنوا العبد عند أبي يوسف ومحمد، لأن عندهما للعاقلة ولاية التضمين قبل العتق، فبعده أولى، وعند أبي حنيفة ليس لهم تضمين المولى، لأن عنده لم يكن العبد مؤاخذا بذلك[5] قبل العتق، فلم يكن العبد مديونا في حق المولى.

ولو لم يعجز[6]، ولكنه أدّى الكتابة فعتق، للعاقلة أن يرجعوا عليه حالة، سواء كان ذلك قبل قضاء القاضي[7] عليه بالقيمة أوبعده، لأنهم يرجعون عليه قبل العتق فبعده أولى، إلا أنهم يرجعون بحسب أدائهم، فما لم يؤدّوا شيئا لا يرجعون بشيء، وهم يؤدون في ثلاث سنين، فكلما أدّوا شيئا رجعوا عليه بذلك القدر من القيمة.

---

(١) في (ج) و (د) "لهم"، وما ثبت أصح.

(٢) في (ج) و (د) "إلى الرق".

(٣) "العبد" ساقط من (ج) و (د).

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

(٥) في (ج) و (د) "به".

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

(٧) العبارة في (ج) و (د): "سواء قضى عليه بالقيمة أولا".

ولو [أمر][1] المكاتب عبدا صغيرا[2]، أو كبيرا مأذونا، أو محجورا بالقتل فقتل، فإن كان قتلا لا يوجب القصاص، يخيّر مولى المأمور على ما قلنا، ثم يرجع على المكاتب بقيمة المأمور بالغا ما بلغت، لأنه ضمان غصب، إلا أن تكون قيمة المأمور عشرة آلاف أو أكثر، فحينئذ يرجع عليه بعشرة آلاف إلا عشرة لما مر.

فإن عجز المكاتب هنا[3]، بيع في ذلك إلا أن يفديه المولى، لأن هذا[4] ضمان غصب بخلاف ما إذا كان المأمور حراً، فيباع فيه، كما في سائر الديون[5]، فإن عتق بعد ما عجز فمولى العبد بالخيار، إن شاء رجع على مولى المكاتب، لأنه أعتق عبدا مديونا، وإن شاء رجع على المعتق بقيمة المأمور، لأن هذا دين لزمه بغصبه، فيكون بمنزلة سائر الديون الواجبة عليه؛ فإن أراد الرجوع على المولى المعتق رجع[6] عليه بالأقل من قيمة المأمور ومن الأرش، ثم يرجع بالفضل إلى تمام قيمة المأمور على المعتق.

وإن أمر المكاتب مكاتبا صغيرا[7]، أو كبيرا ليقتل رجلا فقتل، فالجناية تكون في عنق القاتل، وذلك قيمته، عجز الآمر بعد ذلك أو عتق، لأن المكاتب وإن كان صغيرا فهو

---

(١) ما بين المعكوفتين سقطت من الأصل وأضيفت من (ج) و (د).

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

(٤) في (ج) و (د) "لأنه ضمان".

(٥) في عبارات تقديم وتأخير، ففيه: " فيباع فيه كما في سائر الديون بخلا ف ما إذا كان المأمور حراً".

(٦) كذا في الأصل، وجاء في (ج): " فإن رجع على المولى يرجع عليه".

(٧) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

بمنزلة الحر الكبير على ما قلنا.

ولو كان المأمور رجلا حرا كانت الجناية عليه، ولا تنتقل إلى غيره إذا لم يكن مكرها، وكذا إذا كان مكاتبا، ألا ترى أن المولى لا يزوّج المكاتبة الصغيرة والمكاتب الصغير بغير إذنهما، ويزوج معتقته الصغيرة بغير رضاها، لأن المكاتب وإن كان صغيرا فهو بمنزلة الحر الكبير.

- والله أعلم -

باب ما يجب فيه القصاص فيبطل بحق أو بغير حق ويجب مكانه مال وما لا يجب

بنى الباب على أن مَن عليه القصاص في الطرف، إذا قضي بطرفة حقا عليه يتقوّم عليه، ويغرم أرش الطرف في ماله، وإن فات طرفه من غير أن يقضى حقا عليه لا يتقوم، ولا يغرم شيئا.

ومَن عليه القصاص في النفس إذا قضي بنفسه حقا عليه لا يضمن شيئا؛ لأن القياس يأبى تقويم القصاص لفقدان المماثلة بينهما، وإنما عرفنا ذلك شرعا في الصلح، وعفو بعض الشركاء، فيلحق به ما كان في معناه[1]، وثمّة تعذّر استيفاء القصاص[2] لا لمعنى من قبل من له الحق مع سلامة محل الحق لمن عليه.

فإذا قضي بطرفه حقا عليه، وصرّفه إلى حاجته، سلم له الطرف معنى، فيجب عليه الأرش رعاية للمستحق، أما إذا فات من غير أن يقضى به حقا لم يسلم له الطرف معنى.

وكذا إذا قضي بنفسه حقا عليه لا تسلم له النفس معنىً؛ لأن سلامة النفس بعد الهلاك محال، بخلاف الطرف حال بقاء النفس.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

رجل قطع يمينَ رجل عمدا[3]، فوجب عليه القصاص، ثم قطعت يد القاطع في

---

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٣١.

(٢) في (ج) و (د) " وثمة التعذر لا لمعنى... بسقوط: استيفاء القصاص".

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٣، وقال: كذا في «فتاوى قاضي خان».

سرقة، أو قصاص لآخر، غرم القاطع الأول أرش اليد في ماله لوليّ القصاص، لأنه قضى بطرفه حقا عليه فيغرم أرش اليد[1].

وكذا لو قطع الطريق[2]، وأخذ المال، فقطعت يده ورجله من خلاف، فإنه يغرم لوليّ القصاص في ماله مؤجّلا إلى سنتين، ثلثاه في السنة الأولى، وثلثه في السنة الثانية.

أما وجوب الأرش؛ لأنه قُضي[3] بطرفه حقا عليه، ويكون في ماله؛ لأنه عَمدٌ صار مالا، ويجب في سنتين[4]، لأن أرش اليد نصف الدية، والدية تجب في ثلاث سنين، في كل سنة ثلثها، وثلث الدية ثلثا النصف، فلهذا يجب ثلثا النصف في السنة الأولى، وما زاد عليه إلى النصف في السنة الثانية.

وإن قُطعت يدُ القاطع[5] ظلما عمدا أو خطأ، بطل القصاص لفوات محله، ولا يصير مالا، لأَنه ما قُضى بطرفه حقا عليه، وله القصاص على القاطع الثاني إن كان عمدا، وأرش اليد على عاقلته إن كان خطأ؛ لأن يد من عليه القصاص كانت معصومةً في حق سائر الناس، فيجب فيها ما يجب في سائر الأيدى، ولا حق للمقطوعة يده الأول في هذا الأرش، لأن حقه كان في القصاص، فلا ينقلب مالا لما قلنا.

وهذا لأن الأرش بدل اليد الثانية، ولا حق لمن له القصاص في بدل اليد، وملك القصاص ملك ضرورى يظهر في الاستيفاء، وما كان من توابعه كالعفو والصلح لا في ملك البدل كملك النكاح للزوج، لا يظهر في ملك البدل حتى لو وطئت المنكوحة بشبهة،

---

(١) في (ج) و (د) "فيغرم الأرش".

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٢-١٣، «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٨٢.

(٣) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "قضى"، وما أثبت أصح.

(٤) «بدائع الصنائع» ٧/ ٢٥٦.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٣.

ووجب العقر، لا يكون للزوج.

ولا يقال: بأن القاطع الأول لما أخذ أرش اليد[1] سلّمت له اليد معنىً لسلامة بدلها، فيجب عليه الأرش لوليّ القصاص، لأنا نقول: الأرش بدل ضروري يظهر في حق الأخذ، ومن عليه لا في حق غيرهما، بل يجعل في حق غيرهما كأنه أخذ بجهة أخرى، ولأن اليد لا تسلم له من كل وجه، وإنما تسلم له من وجه، إلا أن السلامة من وجه ألحقت بالسلامة من كل وجه إذا حصل بفعله واختياره، ولا اختيار له هنا، فلا يتقوّم عليه، ويجعل في حق من له القصاص كأنها سقطت.

ولو أن من عليه القصاص في اليد عَدَا على قوم ليأخذ أموالهم، فضربوه، فانقطعت يده، لا شيء له عليهم[2]، لأنه لما عدا عليهما بطلت عصمته في حقهم، ولهذا لو قتلوه كان هدرا، فكذا طرفه، ولا شيء عليه لوليّ القصاص، لأنه ما قُضِي بطرفه حقا عليه، وإنما قطعت يده على الإباحة.

وكذا لو قتل رجلا عمدا، فدفع إلى وليّ القتيل[3] ليقتله، فضربه، وقطع يده، ثم عفا عن النفس، لا يغرم القاتل الأول لصاحب اليد شيئا.

أما عند أبي حنيفة؛ فلأن يده قطعت ظلما حتى يجب له الأرش على الثاني، فلم يكن قاضيا بطرفه حقا عليه، وعند أبي يوسف ومحمد[4] حق وليّ القتيل يثبت في الأطراف تبعا لا قصدا، فلم يصر قاضيا بطرَفه حقا عليه، إلا أن ثبوت الحق في الطرف تبعا يمنع وجوب الأرش على وليّ القصاص في النفس.

---

(١) "اليد" ساقط من (ج) و (د).

(٢) «الجوهرة النيّرة» ٢/ ٢٢٣.

(٣) "القتيل" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د): "عندهما".

وكذا لو ارتدّ من عليه القصاص[1] في الطرف ـ والعياذ بالله ـ فقطعت يده بإذن الإمام، أو بغير إذنه، ثم أسلم المرتدّ، لا يغرم المرتد شيئا، لأنه ما قضى بطرفه حقا عليه، وإنما قطعت يده على الإباحة.

وكذا لو قطع الطريق، وقتل، ولم يأخذ المال، فأمر الإمام بقتله[2]، فضربه رجل[3] وقطع يده، لا شيء على القاطع[4]، لأن الإمام أبطل عصمة نفسه فتبطل عصمة أطرافه، ولا يغرم من عليه القصاص شيئاً[5] لوليّ اليد، لأنه ما قضى حقا عليه.

وكذا لو زنى وهو محصن، فأمر الإمام برجمه[6]، فقطع رجل يده، لا يغرم شيئا، ولا شيء لوليّ القصاص على القاطع الأول، لأنه ما قضي بطرفه حقا عليه.

ولو أن الذي عليه القصاص في الطرف قَطَعَ الطريق، وأَخَذَ المالَ، وقَتَلَ، كان الإمام بالخيار عند أبي حنيفة، إن شاء قطع يده ورجله من خلاف، ثم قتله، وإن شاء قتله[7]، ولا يقطع.

فإن قطع يده ورجله، ثم قتله، وترك مالا، كان لمن له القصاص في الطرف أرش

---

(١) «بدائع الصنائع» ٧/ ٢٥٣.

(٢) «الجوهرة النيّرة» ٢/ ٢٢٣.

(٣) قوله: "فضربه رجل" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د) "عليه".

(٥) "شيئا" ساقط من (ج) و (د).

(٦) «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٩.

(٧) «الجوهرة النيّرة» ٥/ ٢٢٣.

الطرف في ماله، لأن القاضي[1] قضى في فصل مجتهد فيه، فنفذ قضاؤه، فيصير قاضيا بطرفه حقا عليه، فيغرم الأرش في ماله مؤجلا، فإذا مات يبطل التأجيل، فيؤخذ الأرش من ماله.

ولو رأى الإمام أن يقتله، ولا يقطع يده ورجله، فأمر بذلك، فقطع رجل يده، لا يغرم من عليه القصاص في الطرف لوليّ القصاص شيئا، لأن القاضي لما قضى بالقتل لم يصر قطع اليد حدّا، فلم يصر قاضيا حقا عليه بل مات هدرا.

وكذلك مرتدّ قطع يد رجل عمدا فقتل بالردّة، أو قطعت يده، لا يغرم لوليّ اليد شيئا، لأنه لم يُقض[2] بطرفه حقا عليه.

ثم استشهد محمد رحمه الله، فقال: ألا ترى أن رجلا لو قطع يميني[3] رجلين عمدا، ثم ارتدّ ـ والعياذ بالله ـ فقتل بالردّة، لم يكن للمقطوع يمينهما إلا دية واحدة في ماله.

ولو قطعت يمينه لأحدهما ثم قتل بالردّة، كان للثاني الذي لم تقطع يده دية كاملة، لأن في الوجه الأول ما قضى بيده حقا عليه، فبطل حقهما أصلا لفوات محله، بقي حقهما في دية واحدة، أما إذا قطعت يده بأحدهما فقد أوفى حق أحدهما، فبقيت دية اليد للآخر.

ولو سرق قبل الردّة، ثم ارتدّ، - والعياذ بالله -[4] فقَطَعَ الإمام يدَه في السرقة،

---

(١) في (ج) و (د) " لأنه قضى في ".

(٢) في (ج) و (د) " لأنه ما قضي ".

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٢٧.

(٤) " والعياذ بالله " لم يثبت في (ج) و (د).

كان[1] لكل واحد من صاحبي القصاص في اليد دية يد[2] كاملة، لأنه قضى بطرفه حقا عليه، فيغرم لكل واحد من صاحبي القصاص[3] دية يد كاملة.

رجل قتل رجلا عمدا، فقتل ظلما أو حدّا، أو رجما أو قصاصا برجل آخر، لا يجب[4] شيء لوليّ القصاص في ماله، والفرق بين النفس والطرف ما قلنا.

وأشار في الكتاب إلى حرف آخر فقال: في النفس الواحدة وفاء بالحقين، ألا ترى أنهما لو حضرا و قتلاه، كان كل واحد منهما مستوفيا كل حقه حتى لا يقضى لهما بشيء، فإذا قتله أحدهما فإنما تعذّر على الآخر استيفاء حق لغيبته[5] لا لصرف محل حقه إلى غيره، فلا يقضى له بالمال، أما الطرف الواحد يضيق عن الحقين.

ألا ترى أنهما لو قطعا لا يكون كل واحد[6] منهما مستوفيا كل حقه حتى يقضى لهما بدية اليد، فإذا قطعت يده بأحدهما، فإنما تعذّر على الآخر استيفاء حقه لمعنىً من جهة مَن عليه بصرف محل حقه إلى غيره، فانقلب حقه مالا.

ـ والله أعلم ـ

---

(١) "كان" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "يد" ساقط من (ج) و (د).

(٣) قوله: "من صاحبي القاص" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "يجب" ساقط من (ج) و (د)، وثوبته أصح.

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٥، و«الجوهرة النيّرة» ٢/ ١٦٤.

(٦) «الجوهرة النيّرة» ٢/ ١٦٥.

باب من الورثة والموصى له الذي يدّعي بعضهم القتلَ عمدا وبعضهم خطأ ويدعي بعضهم شركة بعض

بنى الباب على أصول:

منها: أن الإقرار حجة في حق المقرّ، فيعامَل بإقراره كأنَّ[1] ما أقرّ به حق.

والثاني: أن الحق يختلف باختلاف السبب.

والثالث: أن الموصى له بالثلث لا حقّ له في القصاص[2]، وله الحق إذا انقلب مالا، لأن حقه ثبت بالوصية، والوصية تناولت المال، والقصاص إذا انقلب مالا يكون للميت كسائر أمواله، يقضى منه ديونه، فيتعلق به الوصية.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

رجل مات عن ابنين، وأوصى لرجل بثلث ماله، فأقام أحد[3] الابنين البينةَ أن فلانا قتل أباه عمدا، وأقام الآخر البينة أن فلانا آخر قتله خطأ، فإنه لا قصاص.

أما على المشهود عليه بالخطأ فظاهر، وكذا الآخر، لأن القتل مّما[4] لا يتكرر،

---

(١) راجع للتفصيل «مجلة الأحكام العدلية» ص ٣١١.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٩، ص ٧.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٧.

(٤) "مّما" ساقط من (ج) و (د).

فصارت شهادة شهود الخطأ شبهة في حقه.

ثم المسألة بعد ذلك[1] على وجوه: إما إن صدّق الموصى له بالثلث مدعي الخطأ أو مدعي العمد أو كذّبهما، أو قال لا أدري.

فإن صدّق مدّعي الخطأ، يقضى له ولمدّعي[2] الخطأ بثلثي الدية على عاقلة القاتل في ثلاث سنين، لأن مدّعي الخطأ أثبت كل الدية على العاقلة بين الابنين والموصى له أثلاثا، إلا أن مدّعي العمد لما أنكر ذلك[3] فقد أبطل حق نفسه عما وجب له على العاقلة، فبقي حق الآخرين.

ويقضى لمدّعي[4] العمد على المشهود عليه بالعمد بثلث الدية في ماله في ثلاث سنين، لأن مدعي العمد[5] أثبت القودَ لنفسه، وللابن الآخر؛ لأنه لا حق للموصى له فيه، إلا أن مدّعي الخطأ لما أنكر ذلك، فقد أبطل نصف القود، وصار[6] كأنه عفا، فانقلب النصف الباقي مالا، فيتعلق به حق الموصى له، لأنه مال الميت وجب بدلا عن ذمته، فيكون للموصى له ثلث هذا النصف[7]، وهو سدس الدية، وثلثا النصف لمدّعي العمد،

---

(١) "بعد ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٧.

(٣) "ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٤) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٧.

(٥) قوله: "مدعي العمد" ساقط من (ج) و (د).

(٦) "صار" ساقط من (ج) و (د).

(٧) "هذا النصف" ساقط من (ج) و (د).

إلا أن الموصى له لما صدق مدّعي الخطأ فقد أبطل حقه عن هذا السدس[1] بتصديق مدّعي الخطأ، ولأنه لا يستحق أكثر من ثلث الدية، وقد أخذ ذلك عن عاقلة الآخر، فيبطل السدس عن المشهود عليه بالعمد، يبقى عليه ثلث الدية لمدّعي العمد.

ولو كان الموصى[2] له صدّق مدّعي العمد فلمدّعي الخطأ ثلث الدية على عاقلة الخاطئ في ثلاث سنين لما قلنا، ولمدّعي العمد والمولى له نصف الدية في مال العامد في ثلاث سنين، السدس للموصى له، والثلث لمدّعي العمد، لأن مدّعي العمد أثبت القود بينه وبين الابن الآخر، إلا أن مدّعي الخطأ أبطل نصفه، فانقلب النصف مالا بينه وبين الموصى له أثلاثا، لأن حق الابن ضِعف حق الموصى له.

[وإن كذّب الموصى[3] له الابنين][4]، لا شيء له، لأنه لما كذّبهما فقد زعم أنه مات حتفَ أنفه، فيعامل بزعمه، ولا يقضى له بشيء، ويقضى لمدّعي العمد بثلث الدية في مال القاتل، ويقضي[5] لمدّعي الخطأ بثلث الدية على عاقلة الخاطئ لما قلنا.

[وإن صدّقهما[6] الموصى له][7] فكذلك، لأن في تصديقهما تكذيبهما، لأن كل

---

(١) "هذا السدس" ساقط من (ج) و (د).

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٧.

(٣) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٧.

(٤) كان في الأصل: "وإن قال الموصي له: كذبت الابنين"، والمثبت من (ج) و (د)، وهو أوضح.

(٥) "يقضي" ساقط من (ج) و (د).

(٦) انظر «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٧.

(٧) في الأصل: "وإن قال الموصي له: صدقت الابنين"، وما أثبت من (ج) و (د).

فريق شهدوا بقتل تفرديه المشهود عليه، وقتل الواحد لا يتكرّر، فكان في تصديقهما تكذيبهما ضرورةً.

ولو قال الموصى له: "لا أدري[1] قتل عمدا أو خطأ"، فحق الابنين ما قلنا، ويقال للموصى له: لا شيء لك حتى تدّعي أحد الأمرين، لأن الواجب له أحد الشيئين، إما ثلث الدية على عاقلة الخاطئ، أو سدس الدية في مال العامد، والقضاء بالمجهول، وبدون الطلب متعذّر، فلا يقضى له بشيء.

فإن صدق أحدهما بعد ذلك صح[2] تصديقه[3]، ويقضى له بما قلنا، ولا يبطل حقه بقوله "لا أدري" لجواز أن يشتبه عليه، أو لا يدري ثم علم بعد ذلك، فيثبت في الكلام تحرّزا عن الكذب والخطأ، ولا يكون ذلك تكذيبا لأحدهما.

كرجل قال لغيره: لك عليّ ألف درهم، فقال المقرّ له: "لا أدري"، كان له أن يصدّقه بعد ذلك، وكذا لو قال: لي على فلان ألف درهم، وأنت شاهد به، فقال الشاهد: "لا أدري"، ثم شهد بعد ذلك[4]، جازت شهادته، ويحمل ذلك على علم حادث، كذلك هنا.

ولو كان[5] مكان الموصى له ابن آخر، والمسألة بحالها، فهذا والأول سواء إلا في خصلة، إذا صدق الابن الثالث مدّعي العمد يقضى لهما بثلثي الدية في مال العامد، لأن

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٧.

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٧.

(٣) "تصديقه" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "بعد ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٥) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٧.

الابن الثالث يستحق القصاص كما يستحق المال، بخلاف الموصى له، ففي زعمهما أن القود كان بينهما أثلاثا إلا أن مدّعي الخطأ أبطلَ حقه، وانقلب نصيب الباقين مالا، وذلك ثلثا الدية.

ثم في[1] هذه[2] المسائل لو توَى ما على العاقلة، ولمدعي الخطأ[3] خرج ما كان لمعدي العمد في مال العامد[4]، أو على العكس، لم يكن لمن توى نصيبُه أن يشارك الآخر، لأن حقهما مختلف لاختلاف المحل والوقت والسبب، فإن حق أحدهما في مال العامد، وحق الآخر على العاقلة، وسبب أحدهما عمد، والآخر خطأ، وهما غيران، وفي الخطأ تجب الدية كما وجد القتل، وفي العمد لا يجب المال إلا بعد سقوط القصاص[5]، وباختلاف أحد هذه الأسباب يختلف الحق، فباختلاف الكل أولى، فلا يشارك أحدهما صاحبه.

كعبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من زيد، وباع الآخر نصيبه من عمرو أو من زيد، فقبض أحدهما شيئا لا يشاركه الآخر.

وكذا لو ادّعيا العمد والخطأ على رجل لا عاقلة له، فقبض أحدهما، لا يشاركه الآخر، لأن السبب مختلف، وإن اتّحد المحل.

---

(١) "في" ساقط من (ج) و (د).

(٢) «الفتاوى الهندية» ٦/ ١٧، وقال: كذا في شرح الزيادات للعتابي.

(٣) "لمدعي الخطأ" ساقط من (ج) و (د).

(٤) قوله: "كان لمدعي العمد في مال العامد" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "القصاص" ساقط من (ج) و (د)، وفيهما: "القود".

وكذا لو ادعيا جراحةً لا يستطاع فيها القصاص، وأرشها دون أرش الموضحة[1]، فإن[2] ادّعى أحدهما أنه كان عمدا، وبرأ، ثم مات، وادّعى الآخر أنه كان خطأ، فإن القاضي يقضى[3] بأرش الجناية نصفين في مال الجاني[4] حالا، لأن ما دون ارش الموضحة لا يكون على العاقلة ويكون في مال الجاني حالاً[5] وهو بمنزلة ضمان الأموال، فإن قبض أحدهما شيئا لا يشاركه الآخر، لأن سبب حقهما مختلف باختلاف العمد والخطأ، فيختلف الحق.

قال: ألا ترى أن أحد الابنين لو أقام البينة أنه كان لأبيهما على هذا الرجل ألف درهم من قرض[6]، وأقام الآخر البينةَ أنه كان لأبيهما على هذا الرجل[7] ألف درهم من ثمن جارية باعها، وسلّمها إليه[8]، وتصادقا أنه لم يكن لأبيهما على هذا الرجل إلا ألف درهم، فقضى لكل واحد منهما بخمسمائة، ثم قبض أحدهما شيئا، لا يشاركه الآخر، لأن السبب مختلف، وكل واحد منهما يُنكر ما يدّعيه الآخر.

(١) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٢٩.

(٢) "إن" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "فإنه يقضي".

(٤) في (ج) و (د): "ماله".

(٥) من قوله: "لأن ما دون ارش" إلى قوله: "مال الجاني حالاً" ساقط من (ج) و (د).

(٦) «الفتاوى الهندية» ٦/ ٤٩٦.

(٧) "الرجل" ساقط من (ج) و (د).

(٨) "إليه" ساقط من (ج) و (د).

وهذا[1] بخلاف ما لو وقع الاختلاف بين[2] المقرّ والمقرّ له في سبب الحق، لأن هناك لا يثبت السبب، أما هنا كل واحد منهما أثبت السبب بالبينة، فيتحقّق الاختلاف في الواجب.

والله أعلم بالصواب[3]

(١) "وهذا" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "اختلف".

(٣) "والله أعلم بالصواب" ساقط من (ج) و (د).

أبواب المجلد الرابع